

## **בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

עותק לפרסום

בג"צ 1008/94

|                 |                                |
|-----------------|--------------------------------|
| <b>בפני:</b>    | כבוד המשנה לנשיא א' ברק        |
|                 | כבוד השופט ג' בד               |
|                 | כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן     |
| <b>העותרת:</b>  | גל קשר בע"מ                    |
|                 | נגד                            |
| <b>המשיבים:</b> | 1. שרת התקשורת                 |
|                 | 2. המנהל הכללי של משרד התקשורת |

### **התנגדות לצו על תנאי**

|                      |                             |
|----------------------|-----------------------------|
| <b>תאריך הישיבה:</b> | כ' תמוז תשנ"ד (29.6.94)     |
| <b>בשם העותרת:</b>   | עו"ד א. עברון ועו"ד י. בנקל |
| <b>בשם המשיבים:</b>  | עו"ד ע. פוגלמן              |

### **פסק – דין**

#### **השופטת ט' שטרסברג-כהן:**

1. פתח דבר

העותרת גל קשר בע"מ (להלן: העותרת) הגישה עתירה נגד שרת התקשורת(המשיבה 1) ונגד המנהל הכללי של משרד התקשורת (המשיב 2), בה עתרה לקבל 'רישיון מיוחד' למתן שירותי בזק (טלקומוניקציה).

2. לקידום הפרויקט נקטה העותרת בצעדים שונים והשקיעה משאבים רבים. בסופם של כל המהלכים, סורבה בקשתה במכתב מ-22.12.93, חתום על-ידי היועץ המשפטי של משרד התקשורת בשמו של המנהל הכללי של המשרד - משיב 2 (להלן: המנכ"ל) (להלן: מכתב הסירוב). מחמת חשיבותו של מכתב הסירוב יובאו חלקיו העיקריים:

"...לאחר עיון מעמיק בבקשתכם הגענו למסקנה שזו למעשה בקשה לרישיון כללי שהמרחק בינו לבין הרישיון הכללי של "בזק" קטן ביותר, וספק רב אם החוק מאפשר לנו הענקת הרישיון המבוקש. צר לי על כך אין אנו יכולים להיענות לבקשתכם. ואני מקווה שתמצאו את הדרך לאתר תחום פעילות שלגביו נוכל להעניק לכם רישיון המתאים לפעילויות שלשמן קמה החברה." (הדגשה שלי ט' ש' כ'). בעקבות הסירוב פנתה העותרת לבית משפט זה והיא מבקשת לחייב את המשיבים - שרת התקשורת (להלן: השרה) והמנכ"ל, להעניק לה את הרישיון המבוקש.

בטרם אכנס לדון לגופו של עניין, אגע במספר נושאים כלליים:

בג"צ 1255/94 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת נ' שרת התקשורת (להלן: בג"צ בזק).

3. ביום 26.6.94 ניתן בבג"צ בזק פסק דין ללא נימוקים, בו נדחתה עתירת חברת בזק לביטולו של רישיון כללי חדש (להלן: הרישיון החדש) שהוענק לה ב-1.3.94, בו ראתה רישיון מגביל. הנימוקים לפסק הדין ניתנו על-ידינו בנפרד (להלן: בג"צ בזק). העתירה בבג"צ בזק סבה סביב הרישיון החדש שניתן לחברת בזק לאחר שקודם לכן החזיקה ברישיון כללי. חברת בזק טענה כי הרישיון החדש, המגביל את פעולות הבזק ושירותי הבזק של החברה, ניתן בחוסר סמכות, בניגוד לחוק הבזק התשמ"ב-1982 (להלן: חוק הבזק), בניגוד למטרה לשמה הוקמה החברה כחברה ממשלתית לאומית ציבורית שנועדה לקבל על עצמה את ביצוע כל פעולות הבזק ואת מתן כל שירותי הבזק, הכלל

ארציים והבינלאומיים, שהועברו אליה ממשד התקשורת. העברה זו נעשתה במסגרת מדיניות העברת ענף הבזק מידי הממשלה לחברה עצמאית כצעד במדיניות ההפרטה. עוד טענה החברה כי הרישיון החדש פוגע בחופש העיסוק שלה. טענותיה של חברת בזק נדחו תוך ניתוח רחב ומקיף של כל הסוגיות הרלוונטיות על 3 היבטיהן העובדתיים והמשפטיים. כל שנקבע בבג"צ בזק משליך על השאלות הנדונות בענייננו, ולא אחזור על הדברים אלא על דרך של הפניה או אזכור, לפי הצורך.

ההתפתחות ההיסטורית העובדתית והמשפטית של ענף הבזק בארץ, נסקרה אף היא בבג"צ בזק ומהווה רקע להבנת לבדיקת ולניתוח הסוגיות העומדות על הפרק כאן. ניתן לתמצת את האמור שם בהקשר לענייננו בתכלית הקיצור: סעיף 46 לחוק הבזק חייב את השר לתת לחברת בזק רישיון כללי שאכן ניתן לה ב-31.1.84. מכוח רישיון זה פעלה החברה במשך שנים ללא שום תחרות בתחום הבזק כמונופול דה-פקטו בנוסף למונופול דה-יורה שהעניק לה סעיף 50 לחוק ושאינו מעניינו (שירות הטלפונים). כך פעלה החברה מ-1.3.84 ועד 1.3.94 כאשר הרישיון הכללי שהיה בידיה הוחלף ברישיון כללי חדש, ובו הגבלות שונות על פעילותה כמפורט בבג"צ בזק. כנגד רישיון זה יצאה חברת בזק חוצץ, ואילו שרת התקשורת - המשיבה שם, הגנה על הרישיון החדש בהביעה עמדה חד-משמעית ונחרצת בדבר עמידתו של הרישיון המוגבל בתחום מדיניות הממשלה בדבר הפרטת ענף הבזק ופתיחתו לתחרות. על מדיניות זו, שגובשה לאחר בדיקה מקפת ומעמיקה של הנושא בעזרת מומחים ויועצים משפטיים, הצהירה הממשלה בהחלטותיה מיום 5.1.89 ו-29.3.90.

בפסק הדין בבג"צ בזק עמדתי על ההבדל בין רישיון כללי לבין רישיון מיוחד, על מהותו של הרישיון הכללי הראשון שניתן לחברת בזק ועל סמכות שר התקשורת להגבילו. נקבע שם, כי הרישיון החדש המגביל, ניתן כחוק ובסמכות והוא משאיר בידי חברת בזק את התשתיות ופותח את הענפים האחרים של פעולות ושירותי הבזק לתחרות חופשית, בה יכולה להשתתף גם חברת בזק באמצעות חברות בנות. כפועל יוצא מן הרישיון החדש המשיכה חברת בזק לקיים מונופול דה-פקטו בתשתיות הבזק ואילו הענפים האחרים נפתחו לתחרות. באופן כזה נמצא מעין שביל זהב בין השארת מונופול מלא ומקיף בידי חברת בזק לבין פתיחת ענף בזק כולו לתחרות חופשית.

הרישיון המבוקש בעתירה זו - בין אם מיוחד הוא כטענת העותרת ובין אם הוא כללי (אם כי מוגבל) כטענת המשיבים - מתייחס לפרויקט בתחום התשתית. מכאן, שלאחר נגישה בכלליות חובקת זרועות עולם של פעילויות חברת בזק על-ידי הרישיון החדש, עומדים אנו בפני בקשה לרישיון שניתנו תנגוס נגישה נוספת במונופול דה-פקטו של חברת בזק והפעם בתחום התשתיות. כנגד נגישה זו טוענים המשיבים כי היא נוגדת את מדיניות הממשלה ואילו העותרת טוענת כי דווקא פתיחת ענף התשתיות לתחרות, עולה בקנה אחד עם מדיניות הממשלה ומגשימה אותה ואילו שמירה על מונופול זה, נוגדת את אותה מדיניות וכן נוגדת היא את הדין ואת עקרונות המשפט עליהם מושתתת שיטתנו, ביניהם חופש העיסוק.

### נימוקי הסירוב להענקת הרישיון

4. טענותיהם של הצדדים - לבד מאלה שבעתירה ובעיקרי הטיעון - מתפרסות על פני לא פחות מעשרה תצהירים (חמישה מטעם כל צד), שהוגשו במשך תקופה של כשנה מאז הוגשה העתירה. לא בכדי באה העותרת בטרוניה קשה כלפי המשיבים ששינו טעמים חדשות לבקרים מתחילת הדרך - מכתב הסירוב - ועד לתצהיר האחרון שהוגש על ידם. מכתב הסירוב מהווה תשובה קצרה ולאקונית והנימוק בו הוא, היותו של המרחק בין הרישיון המבוקש לבין הרישיון הכללי של חברת בזק קטן למדי וספק אם החוק מאפשר הענקת רישיון כזה. המשיבים חזרו בהם מהנימוק שבמכתב הסירוב - ובדין עשו כן משום שכפי שנקבע בבג"צ בזק, סמכויות השר רחבות הן. הוא מוסמך להעניק רישיונות כלליים ללא הגבלות, רישיונות כלליים מוגבלים, רישיונות מיוחדים, וכל אלה יכולים להיות מוענקים לגופים שונים, במקביל. מכאן שאין החוק מונע מתן רישיונות כלליים או מיוחדים לאחרים על אף הרישיון שבידי חברת בזק.

5. טרונותיה של העותרת בדבר הפגם שבדק בעצם שינוי החזית ובהעלאת נימוקים חדשים שנתגלו טפח טפח לאורך התצהירים ושאינם עולים בקנה אחד עם הנימוק שבמכתב הסירוב, מובנת ומוצדקת, אלא שהשלכותיה אינן התעלמות מהנימוקים המאוחרים שהועלו.

סירוב ליתן רישיון לעיסוק כלשהו, מהווה פגיעה בחופש העיסוק ומצריך הנמקה ברורה וחד משמעית הניתנת לביקורת שיפוטית, קל וחומר כשמדובר בפרויקט מורכב ורציני בתחום בעל חשיבות עליונה למשק, כשההכנה לקראת בקשת הרישיון מצריכה השקעה כספית ומשאבי אנוש עצומים כדי לעמוד

בקריטריונים הדרושים לקבלת רישיון, ביניהם התאמת מבקש הרישיון לתת שירותי בזק (סעיף 4 לחוק הבזק). סירוב כזה, לאחר תקופה ארוכה של מגעים, הצדיק הנמקה מלאה ומפורטת יותר שתצביע על כך שאכן נשקלו בכובד ראש ובענייניות כל השיקולים הרלוונטיים. מתוכן מכתב הסירוב לא ניתן ללמוד זאת. אף על פי כן ולמרות מורת הרוח מהדרך בה בחרו המשיבים להביע עמדתם העניינית בנושא זה, שומה עלינו להעביר את הנימוקים המועלים על-ידי המשיבים במבחן הביקורת השיפוטית על פעולות הרשות, לאור הדין הקיים. אומר על כך פרופ' י' זמיר במאמרו "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" שפורסם במשפט וממשל א' תשנ"ג עמ' 295 בעמ' 304:

"...אפשר שהרשות תיתן לעותר נימוק אחד להחלטה, ולאחר מכן תשנה את טעמה ותיתן לו נימוק שונה לאותה החלטה. השינוי בהנמקה כשהוא לעצמו, אינו פוסל את ההחלטה, ובית המשפט ידון בחוקיות ההחלטה לפי הנימוקים שהוצגו בפניו. עם זאת, העובדה שהנימוק הראשון אשר ניתן על-ידי הרשות נמצא, על-ידי הרשות עצמה, בלתי-נכון או בלתי-ראוי, יש בה כדי לעורר חשד בכנות הנימוק השני."

בבג"צ 75/76 "הילרון" חברה ליצוא ויבוא גידולי ומוצרי חקלאות בע"מ נ' מועצה ליצור פירות ושיווקם (מועצת הפירות), פ"ד ל(3) 645 בעמ' 648-649, דחה בית משפט זה טענה לפיה אין להידרש להנמקות הרשות אם זו שינתה את טעמיה להחלטתה, ומגנה על עמדתה - בבית המשפט - מנימוקים שונים. כך שומעים אנו מפי השופט לנדוי (כתוארו אז):

"...ואשר לבעיה העקרונית, אם בית-משפט זה יכול להרשות שינוי חזית כפי שקרה כאן, נהיה נאמנים לשורת התקדימים שהכירו באפשרות לעשות כן... אם מתברר שהרשות המנהלית נאחזת בנימוקים חדשים כדי לתמוך בהחלטה שלא הייתה נכונה כפי שניתנה, יכול בית המשפט להגיע לידי מסקנה שהנימוקים החדשים אינם כנים והם נטענים מן השפה ולחוץ כדי לתמוך בהחלטה שנתגלתה כחסרת יסוד."

כך גם בבג"צ 509/88 אחים מכלוף, שותפות שאינה רשומה ואח' נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל ואח', פ"ד מד(4) 617 בעמ' 624 ליד האות ה' ובבג"צ 678/88, 803/88 כפר ורדים ואח' נ' שר האוצר ואח'; אליהו נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מג(2) 501 בעמ' 506 ליד האותיות ב-ג, שם שומעים אנו מפי השופט אור:

"...אמת, העובדה, שרשות משיבה לפניו המופנות אליה בתשובות שאינן זהות, ושאינן עולות תמיד בקנה אחד זו עם זו, יכולה לעתים ללמד על העדר מדיניות ברורה או קבועה. עובדה זו יכולה גם להביא לעתים לכך, שבית המשפט יהסס לקבל את דברי התשובה של הרשות כלשונם. יש לזכור, שהאזרח הפונה לרשות אינו יודע על עמדת הרשות אלא מתוך מה שזו מביאה לידיעתו. שקולי הרשות נסתרים מפניו, ואין לו אלא את מה שענינו ראות בתשובה בכתב של הרשות על פנייתו אליה. מטבע הדברים, כשהתשובות אינן מעורר אחד, יכול להתעורר הספק לגבי עמדת הרשות לאמיתה, ומתגבש ללבו של האזרח החשד, שאין האמור בתשובה משקף את מצב הדברים לאשורו."

ראו גם בג"צ 327/60 שמואל רפאלי, ואח' נ' הוועדה המחוזית לבנין ולתכנון ערים, ירושלים, ואח', פ"ד טז, 550 בעמ' 557 ליד האות א'; כך גם בבג"צ 267/70 בנימין שרעף נ' ראש העירייה, הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, בת-ים וסגן-ניצב משה מלחי פ"ד כד(2) 784 בעמ' 787 ליד האותיות ג-ד; בג"צ 517/72 סנוקסט (ישראל) בע"מ נ' ראש העיר בני-ברק ואח', פ"ד כז(1) 632 בעמ' 637 ליד האות ה';

נראה אפוא, כי על אף זניחת הנימוק שבמכתב הסירוב והעלאת נימוקים אחרים תחתיו, יש להעביר תחת שבט הביקורת השיפוטית נימוקים אלה לגופם, אף שיש לעשות כן תוך גישה זהירה, שמא יש בהם כדי להצביע על העדר מדיניות ברורה או קבועה אם לא כדי לעורר חשד בכנותם.

#### תמצית טענות הצדדים

6. העותרת טוענת כי השארת המונופול על תשתיות הבזק בידי חברת בזק נוגדת את מדיניות הממשלה בדבר פתיחת הענף כולו לתחרות חופשית ובכל מקרה פוגעת היא בחופש העיסוק שלה. עוד טוענת היא כי ההחלטה למנוע ממנה את הרישיון נובעת אך ורק ממגמה להגן על המונופול של חברת בזק מנימוקים בלתי ענייניים, בלתי סבירים במידה קיצונית, בלתי כנים, ותוך חריגה מסמכות. לטענתה אין לטענת המשיבים בדבר דלדול תשתית חברת בזק ומשאביה, בסיס עובדתי בתצהירים שהגישו. בכל מקרה טוענת היא - מדובר בתשתית חדשה, חלקית, ולא כלל-ארצית, שאיננה חלק מהתשתית הקיימת וממילא אינה פוגעת במונופול דה-פקטו שיש לחברת בזק. עוד טוענת היא כי עמדתם של המשיבים סותרת את

עמדתם בבג"צ בזק ואת האמור בתצהירים ובכתבי הטענות שם, בהם חזרו חזור והצהר - לשם לגיטימציה של מתן הרישיון המוגבל - על מדיניות הממשלה בדבר פתיחת ענף הבזק לתחרות חופשית והודגשו הרעות החולות הצומחות מהשארית הענף בידיים מונופוליסטיות. עוד טענה העותרת כי לאור עמדת מנכ"ל משרד התקשורת ובכירי נציגיו בשיחות עם העותרת ולאנו התאמת העותרת לביצוע הפרויקט, על המשיבים העניק את הרישיון המבוקש. לטענתה, מהווים נימוקי המשיבים ניסיון להצדיק בדיעבד, בנימוקים מתחלפים, מדיניות שמגמתה היחידה היא להגן על המונופול של בזק.

לעומתה טוענים המשיבים כי נימוקיהם אמיתיים, כנים, ענייניים, מושתתים על מדיניות הממשלה בנושא התשתית ונובעים משיקולים של אינטרס הציבור וטובתו. לטענתם, יגרום מתן הרישיון המבוקש לפגיעה באיכות השירות שניתן על-ידי חברת בזק לכלל האוכלוסייה בתחום התשתית וזאת עקב דלדול הדרגתי של התשתית של חברת בזק שהיא חברה ציבורית. הפגיעה תיגרם על-ידי כך שהתשתית המוצעת תוקם רק במקטעים רווחיים, תגרע מציבור המשתמשים בתשתיות הקיימות של בזק, תשולל מבזק משאבים

הדרושים לצורך מתן שירות הולם בפריפריה, תגרום לבזבוז משאבים ניכר במשק עקב אי ניצול היתרון לגודל בתחום התשתיות ותפגע ביתרון הכלכלי - בשלב הנוכחי - של תשתית אחת כלל ארצית, כאש - לפי הטענה - התשתית המוצעת על-ידי העותרת מקבילה לתשתית הקיימת. כמו כן תגרמנה נגיסות נוספות בתשתית על-ידי אחרים שיבקשו להקים תשתיות חלופיות. על פי הטענה, הרישיון המבוקש איננו - לפי מהותו - רישיון מיוחד אלא הוא רישיון כללי וקרוב לרישיון הכללי של חברת בזק (מאחר והתשתית המבוקשת עשויה להתפרס על פני שטחים רחבים בארץ אם לא על פני כולה) ויש בנתינתו כדי לפגוע באינטרסים ציבוריים כלכליים בעלי חשיבות עליונה שהמונופול דה-פקטו של חברת בזק מגן עליהם. במכתב השרה מופיעים נימוקים נוספים לפיהם, לא די בהקמת תשתיות על-ידי קבלן אלא נדרש מערך תחזוקה גדול ומיומן המסוגל לגבות את המערכת הן בימי רגיעה והן בעיתות חירום.

#### גדר המחלוקת

7. שלושה קריטריונים קבועים בסעיף 4 לחוק הבזק, אותם צריך השר להפעיל בשוקלו הענקת רישיון: מדיניות הממשלה בתחום הבזק, התאמתו של מבקש הרישיון לבצע פעולות בזק ולתת שירותי בזק, תרומת מתן הרישיון לתחרות בתחום הבזק ולרמת השירותים בו. בענייננו, אין חולק שמתקיימים שני התנאים האחרונים והדיון הוא בתנאי הראשון, המדיניות.

אף שנראה לכאורה כי הצדדים חלוקים לכל אורך הדרך בסוגיות הרבות ובנושאים השונים המועלים על ידם, מסתבר - בסופה של הדרך - כי אין הדבר כך. אמנם מתוך האמור בתצהירים עולה כי אין תמימות דעים בין הצדדים באשר למדיניותה של הממשלה בנושא הבזק, אלא שלדעת, אין זו מחלוקת של ממש. כפי שהובהר בבג"צ בזק, מדיניות הממשלה במישור העקרוני, היא פתיחת ענף הבזק לתחרות בכל התחומים. מדיניות זו גובשה במשך שנים ומצאה את ביטוייה בהחלטות ממשלה מיום 5.1.89 ומיום 29.3.90, באימוץ המלצות ועדת בועז מיום 24.4.91 וועדת מעוז מיום 14.9.92 ובאימוץ חוות דעת של יועצים משפטיים: של עו"ד רשף מ-19.7.91 ושל פרופ' י' זמיר מ-31.12.92, ומצאה ביטוי ב'מסמך המדיניות' שצורף לתצהיר התשובה של המנכ"ל בבג"צ בזק שהוגש בתיק זה. המדיניות עצמה והמהלכים שהביאו לגיבושה, הובהרו הבהר היטב בפסק הדין בבג"צ בזק. המשיבים אינם מתכחשים למדיניות עקרונית זו, אלא שלטענתם, אין היא משקפת את המדיניות על כל היקפה. במסגרת מדיניות ההפרטה ופתיחת ענף הבזק לתחרות חופשית, הכתיב האינטרס הציבורי השארת המונופול דה-פקטו בתשתיות, בידיה של חברת בזק. במסגרת מדיניות זו ניתן לחברת בזק הרישיון החדש ונשאר בידיה המונופול דה-פקטו על התשתיות. הסירוב לתת לעותרת את הרישיון המבוקש, עולה - לטענתם - בקנה אחד עם מדיניות זו.

השאלה האמיתית איננה מהי מדיניות הממשלה במישור העקרוני, שכן, זו ידועה ומוצהרת, ותמציתה, פתיחת ענף הבזק כולו לתחרות חופשית. השאלה האמיתית היא בתחום יישום המדיניות. כאן ייאמר, כי יישום מדיניות זו אינו נעשה במהפך חד פעמי. הוא נעשה בהדרגה ובשלבים. על כך מעידה הדרך בה נקטה הממשלה מלכתחילה בנושא ההפרטה והתחרות החופשית בתחום הבזק, בהקימה חברה ממשלתית, בהעבירה לידיה את כל מה שהיה בידי משרד התקשורת קודם לכן, ובהגבילה בהמשך הזמן את פעילותה של חברת בזק על-ידי הרישיון החדש תוך פתיחת ענפים מסוימים לתחרות חופשית והשארת המונופול בתשתיות בידיה של חברת בזק. ב"כ המשיבים הצהיר בטיעונו, וכך עולה גם מתצהירי התשובה, כי מונופול זה הוא זמני וכי כבר כיום נצפית תחרות לתשתית שבמונופול חברת בזק

על-ידי התשתית שהונחה לטלוויזיה בכבלים באופן שהמונופול יהפוך לדואופול ואחר כך ימשיך ויפתח לתחרות חופשית.

האם הסירוב לתת לעותרת את הרישיון המיוחד המבוקש הוא בתחום אותה מדיניות של יתקופת המעבר? האם זהו יישום נכון של המדיניות, כיום, ארבע שנים לאחר המלצות ועדת בועז, עליה משתיתים המשיבים את עמדתם, מה גם שהיא עצמה לא ראתה בהשאת המונופול בתשתיות, בידי בזק, מטרה בפני עצמה, אלא שלב בדרך לתחרות החופשית.

### המונופול

8. התחרות החופשית היא ערך בשיטתנו ובשיטות הכלכלה של העולם המערבי, והמדיניות המעודדת אותה היא ראויה ורצויה (ראה: בג"צ בזק סעיף 7; בג"צ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', (טרם פורסם) בעמ' 27 לפסק הדין).

את שיקולי המשיבים להשאת המונופול של חברת בזק על כנו - אם כי לא לצמיתות - יש לבדוק הן במישור יישום מדיניות הממשלה בדבר פתיחת הענף לתחרות חופשית והן במבחן הקריטריונים שנקבעו על-ידי בית משפט זה בהקשר למונופולים.

השאת מונופול דה-פקטו על התשתיות בידי חברת בזק והסירוב לתת את הרישיון המבוקש, אכן מגינים על המונופול שבידי חברת בזק. הגנה זו מעוררת מספר שאלות: האם השאת המונופול בידי חברת בזק, כיום, משקפת אל נכון את מדיניות הממשלה; האם לא הגיעה העת לדח-מונופולזציה של התשתיות במסגרת יישום נכון של מדיניות הממשלה, בהתחשב בצורכי השוק כיום ובטיב הרישיון המבוקש; האם קיומו של המונופול כיום, הוא אכן לשם שמירה על אינטרס ממלכתי ציבורי חיוני. לשאלות אלה חשיבות מיוחדת לאור הפגיעה בחופש העיסוק - זכות שהועלתה לדרגה חוקתית בחוק יסוד חופש העיסוק תשנ"ד-1994 - שמונופול גורם לה.

9. האם ניתנה הדעת לכל השיקולים הרלוונטיים הנוגעים לעניין תוך איזון נכון ביניהם ותוך איזון נכון ביניהם לבין זכות היסוד של האחרים לחופש העיסוק? בבג"צ 355/86 שחף שירותי תעופה בע"מ נ' שר התחבורה ואח', פ"ד (4) 729 בעמ' 733 אומר השופט ג' בך:

"לא פעם נקרא בית המשפט להבחין (הבחנה, שמבחינה מעשית אינה תמיד מן הקלות) בין החלטה, שמגמתה העיקרית היא להעניק מונופול בענף כלכלי מסוים לחברה פלונית (ושהיא, עקרונית, פסולה, בהעדר אסמכתא מפורשת בחוק), לבין השימוש הלגיטימי בשיקול-דעת הרשות המוסמכת על פי דין, המכוון להגן על אינטרס ציבורי חיוני על-ידי הגבלת רישיונות והיתרים ואשר בעקיפין, כתופעה נלווית, מעניק "מונופול דה-פקטו" לחברה אלמונית."

לעניין ההבדל בין מונופול שמטרתו לרכז ענף כלכלה בידי אחד או מועטים ובין מונופול שמטרתו להסדיר ענף כלכלה כפועל יוצא הכרחי ממטרה כלכלית או משיטה כלכלית, ראה גם בג"צ 311/60 י' מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נגד שר התחבורה ואח', פ"ד טו(3) 1989, המובא בבג"צ 355/86 הנ"ל. בבג"צ 649/89 מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ ואח' נ' משרד הכלכלה והתכנון ואח', פ"ד מה(1) 485 בעמ' 493 אומר השופט אור:

"מונופול דה-פקטו הוא אכן מוסד מוכר בפסיקה... מונופול כזה הוא תולדה של מדיניות רישוי ופיקוח הנהוגה על-ידי רשויות השלטון. מונופול בפועל כזה לטובת פלוני נוצר כתוצאה מנתינת רישיון לפלוני וסירוב להעניק רישיון כזה לאחרים, לאור צרכי השוק אותה שעה. אך מונופול שכזה, מעצם טיבו וטבעו, הוא זמני ומותאם לדרישות השוק ולמדיניות הרצויה אותה שעה (הדגשה שלי - ט.ש.כ.). ועם שינוי הנסיבות עשויים גם אחריה לזכות ברישיון דומה. הזכות לרישיון (הדגשה במקור) מעולם לא נשללה מאחרים במונופול שכזה, להבדיל ממונופול מראש, שתוכנו נתינת בלעדיות לגוף מסוים תוך שלילה מכוונת מראש של חופש העיסוק באותו תחום מגורמים אחרים..."

ראה גם בג"צ 125/57 אניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר האוצר, "צים" בע"מ ואח', פ"ד יא, 1490 בעמ' 1498; ובג"צ 2505/90 התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד מו(1) עמ' 543.

10. הנה כי כן, לפנינו מונופול שדעות הצדדים חלוקות בשאלה אם עולה הוא בקנה אחד עם מדיניות הממשלה ועם יישומה הנכון. העותרת טוענת כאילו עמדת המשיבים בבג"צ בזק בהקשר זה סותרת את עמדתם בבג"צ זה; ולא היא. אין המשיבים חולקים על כך - והדברים נקבעו בבג"צ בזק - כי המדיניות המוצהרת הברורה של הממשלה היא הפרטת ענף הבזק

ופתיחתו לתחרות חופשית. כך טענו הם בבג"צ בזק וזוהי עמדתם גם בבג"צ זה; אלא שלטענתם הצעדים לקראת השגת המטרות הנ"ל אינם מידיים. זוהי מדיניות לטווח ארוך, שמשו ביצועה, אופן ביצועה, קצב ביצועה, האמצעים לביצועה, מקום הביצוע, הענפים שיפתחו לתחרות, סדר פתיחתם לתחרות וכיוצא באלה צריכים להיעשות על פי שיקולים כלכליים, חברתיים, ולטובת האינטרס הציבורי, וטרם הגיעה העת לפגיעה במונופול של חברת בזק בתשתיות. מסתבר אפוא, שלפי הטענה, נמצאים אנו כיום בתופת מעבר, בשלב בו עדיין לא ניתן לתת ביטוי מלא למדיניות העקרונית של הממשלה, והיא מיושמת בצורה מוגבלת המהווה חלק ממדיניותה הכוללת בענף הבזק. האומנם כך הוא? נראה שאין תמימות דעים בנושא זה וכי עמדת הרשות המוסמכת איננה עקבית ואיננה אחידה והיא מאופיינת בתפיסות שונות של מדיניות הממשלה ויישומה. אי הודאות וחוסר העקביות עולים ממספר כיוונים:

- א. ....;
  - ב. המגעים בין נציגי העותרת ובין ראשי משרד התקשורת לרבות השר שחל;
  - ג. השינויים במערך ההנמקות של המשיבים מאז מכתב הסירוב;
  - ד. העובדה שכבר כיום נפרץ המונופול על-ידי הליכה לקראת דואופול מצד רשת הטלוויזיה בכבלים;
  - ה. הזמן שחלף;
  - ו. טיב הנימוקים.
- אדון בקצרה בכל אחד מנושאים אלה:

(א) משברור שהמדיניות העקרונית היא הפרטה, תחרות חופשית, וחסול מונופולים, ומשהמונופול שבידי בזק הוא בעל אופי זמני, יש למלא את המדיניות בתוכן ההולם את צורכי הזמנים המשתנים. לכאורה, אין תמימות דעים בין שר הביטחון וראש הממשלה לבין שרת התקשורת באשר למהותו של תוכן זה בהקשר ליישום מדיניות הממשלה ובאופן שישקף מדיניות זו. משכך, ראוי להביא את הנושא להכרעת הממשלה (ראה י"זמיר "הסמכות המנהלית" משפט וממשל א' (תשנ"ב) 81 בעמ' 112; בג"צ 185/86 וורדים חברה לגידול ויצוא פרחים בע"מ נ' הרשות המוסמכת לרישיונות ייצוא, משרד החקלאות ואח', פ"ד מ(4) 575 בעמ' 580 מול האות ב; בג"צ 898,893,879/79 אפא"י אגודה שיתופית לפירות א"י בע"מ, ואח' נגד שר התעשייה, המסחר והתיירות ואח', פ"ד לד(2) עמ' 449 בעמ' 456-457). ערה אני לכך שאין מדובר בענייננו בשני שרים בעלי סמכויות מקבילות או משותפות, אולם נראה, כי מעמדם של שני השרים המעורבים בענייננו וקירבתם לנושא, מצדיקים הפעלת אותו עיקרון המופעל במקרה של מחלוקת בין שרים בעלי סמכות מקבילה.

(ב) המגעים בין הצדדים: במשך תקופה של כשנה תוך כדי שהעותרת נערכת בתכנון הפרויקט לקראת הגשת הבקשה לרישיון, התקיימו מגעים עם ראשי משרד התקשורת ועם שר התקשורת דאז, היה ברור לכולם שמדובר ברישיון להקמת תשתית ואף על פי כן נוהלו המגעים לגופו של עניין. אמנם אין בכך כדי להוות הבטחה או מצג לפיהם יינתן הרישיון המבוקש, אולם יש בכך כדי לשפוך אור על האופן בו ראוי ראשי משרד התקשורת אז, את יישום מדיניות הממשלה בהקשר למונופול של חברת בזק בתשתיות ונגיסה בו.

(ג) השינויים בהנמקות: כאמור נפרסה יריעת ההנמקות של המשיבים טיפין טיפין לאחר שנזנח הנימוק המקורי שבמכתב הסירוב. במכתב השרה הנזכר לעיל אף עלו נימוקים שלא נזכרו בתצהירים, בכתבי הטענות ובעתירה. דומה שניתן ללמוד מכך על ערפל ואי ודאות באשר לנימוקים שמכוחם באה ההגנה על המונופול ובאשר ליישומה הנאות של מדיניות הממשלה בתחום הבזק. בבג"צ 75/76 הנ"ל אומר השופט לנדוי (כתוארו אז): "ואם ההנמקה החדשה דורשת בירור עובדות שטרם נתבררו יכול בית המשפט להחזיר את העניין לרשות המנהלית לשם עריכת בירור נוסף כזה ומתן החלטה חדשה, אם הוא מוצא לנכון לעשות כן" (שם בעמ' 649).

(ד) פריצת המונופול: הטענה בדבר קיום צורך חיוני עכשווי לשמור על מונופול דה-פקטו בתשתיות, מאבדת במידה מסוימת מכוחה, לאור העובדה שמסתמנת פריצת המונופול על-ידי אישור הקמת תשתית מקבילה מתחרה או חילופית לזו שבידי בזק, על-ידי התשתית של הטלוויזיה בכבלים. אם יש מקום לתחרות על-ידי גורם זה, מוצב סימן שאלה אם יישום נכון של המדיניות הוא למנוע הזדמנות לתחרות גם מצד העותרת.

ה) ההמלצה שאומצה בזמנו להשאיר את המונופול בתשתיות בידי בזק הייתה בבחינת הכרח בל יגונה, צו השעה, כדי לא לעבור בהינף יד חד פעמי ממונופול מלא לתחרות חופשית מלאה, כאשר העיקרון הבסיסי ליישום בעתיד הוא תחרות חופשית. בינתיים חלפו מספר שנים וייתכן כי הנימוקים שהיו טובים אז לשמירה על המונופול אינם טובים עוד כיום.

ו) מכלול הנימוקים שניתנו לסירוב, יפים לכאורה לכל שעה ולכל עת ולא ברור כלל מתי ואם בכלל ניתן יהי לבצע את המדיניות המוצהרת בדבר פתיחת ענף הבזק לתחרות חופשית, שכן, לא ניתנו מאפיינים לפיהם ניתן יהיה לקבוע את הנתונים שבהתקיימם ניתן יהיה לבטל את המונופול של חברת בזק בתשתיות בנקודת זמן כלשהיא. נימוקים היפים לכל עת ולכל שעה אינם עומדים על יסודות איתנים.

11. סוף דבר לסוגיה זו, אילו היה ברור כי מדיניות הממשלה לעת זו היא שמירה על המונופול שבידי חברת בזק לטובת הציבור ומתוך דאגה לאינטרסים חיוניים שלו, לא היה מקום להתערב במדיניות זו, גם אם פועל יוצא ממנה הוא השארת המונופול על התשתיות - בינתיים - בידי חברת בזק. ראה בהקשר זה את האמור לעיל לגבי שיקולים לגיטימיים של הרשות המוסמכת לעניין מונופולים וכן את נטייתו של בית משפט זה שלא להתערב בנושאי מדיניות (בג"צ 562991 ועד המפצים והמשווקים של התרופות בישראל ואח' נ' שר הבריאות ואח' פ"ד מז(2) 287 בעמ' 292, בג"צ 256/88 מדאינוסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' משרד הבריאות ואח', פ"ד מד(1) 19 בעמ' 47, בג"צ 4746/92, 3385/93, 4534/93g.p.s agro, exports ltd ואח' נ' שר החקלאות ואח', תקדין עליון כרך 93(4) תשנ"ג-תשנ"ד, 1993 עמ' 282; בג"צ 3039, 2926/90 בן חיים נ' שר החקלאות ואח'; קבוצת דגניה א', אגודה חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' שר החקלאות ואח', פ"ד מו(4) 622). לעניין אי ההתערבות נכונים הדברים גם אל מול הפגיעה בחופש העיסוק שהייתה נגרמת מכך, אף שפגיעה כזו תיתכן רק כפגיעה מתונה המתחייבת מאינטרס חיוני. מכוח סעיף 10 לחוק היסוד, עומד בתוקפו הדין הקודם במשך שנתיים גם אם אינו עולה בקנה אחד עם החוק, אף שיש לפרש את הוראות הדין הקודם ברוח החוק. על פי סעיף 4 לחוק, "סעיף ההגבלה", צריכה פגיעה כזו לעמוד במספר מבחנים: עליה להלוט את ערכיה של מדינת ישראל, ועליה להיות לתכלית ראויה ולא למעלה מן הנדרש. נושא זה נדון בהרחבה, בין השאר, בבג"צ בזק, פסקאות 33 ו-32 לפסק הדין שעניינן בהגבלת חופש העיסוק לפי חוק הבזק ומכוח הסמכה מפורשת שבו, כמו כן ראה בג"צ 878/94, 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר ואח'; מגדל חב' לביטוח בע"מ נ' שר האוצר ואח' (טרם פורסם); בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח' (טרם פורסם). כן ראה א' ברק פרשנות במשפט, כרך שלישי פרשנות חוקתית (1994) בעמ' 486 ואילך). לא ארחיב את הדיבור בנושא הפגיעה בחופש העיסוק, משום שכאמור, אין מדיניות הממשלה ויישומה ברורה כלל ועיקר ולפיכך ראוי שתקבל החלטה ממשלתית חד משמעית בנושא.

12. הערה אחרונה מתייחסת לאי מתן תצהיר בעתירה זו על-ידי השרה. אמנם ניתנו תצהירים על-ידי המנכ"ל לו הואצלה סמכות הרישוי כדיון, אולם, נראה לי, כי מאחר ומוקד הדיון הוא מדיניות הממשלה, יישומה הנכון על-ידי השרה, והשתקפותה לאשורה בהחלטת השרה, ראוי היה כי בנושא עקרוני ורגיש זה יינתן תצהיר על-ידי השרה עצמה.

13. אשר על כן מציעה אני לבטל את החלטת המשיבים. העניין יחזור אליהם להחלטה חדשה, על בסיס פסק דיננו זה. החלטה זו תיעשה על רקע מדיניות הממשלה בנושא הנדון. בעניין זה תשקול המשיבה מס' 1 אם אין זה ראוי לקבל החלטת ממשלה באשר למדיניותה הנדון.

אני מציעה לחייב את המשיבים לשלם לעותרת הוצאות בסך של 25,000 ₪.

**המסנה לנשיא א' ברק: אני מסכים.**

**שופט ג' בך: אני מסכים.**

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ט' שטרסברג-כהן.

ניתן היום, כח' בתמוז תשנ"ה (26.7.95).