

בית המשפט

ה"ע 607/06		בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים	
25/10/2006		לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי	

בעניין:

הממונה על הגבלים עסקיים
ע"י ב"כ עו"ד נעמי סיוון

המבקשת

נ ג ד

1. בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ
 2. בזקל תקשורת בע"מ
- ע"י ב"כ עו"ד יורם זמיר

המשיבות

החלטה

עיקרי הצו המוסכם

1. לפני בקשת הממונה על הגבלים עסקיים ליתן תוקף של צו להסכמה שהושגה בינה לבין המשיבות. הבקשה הוגשה על פי סמכות בית הדין הקבועה בסעיף 50ב' לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: החוק).
2. על פי הצו המוצע, המשיבה 1 תשלם לאוצר המדינה סכום של 2 מיליון ש"ח תוך 30 יום ממועד כניסת הצו המוסכם לתוקף. כמו כן, המשיבות יקבלו על עצמן התחייבות להימנע מלהיות צד להסדרים כובלים ללא אישור בית הדין או קבלת פטור מאת הממונה, וזאת אף אם מעורבים בהסדר שיקולים ביטחוניים. כמו כן המשיבות מתחייבות להביא כל הסדר כובל לבחינת הממונה על הגבלים עסקיים, גם אם מדובר בהסדרים על רקע ביטחוני או שמעורבים בהם שיקולים ביטחוניים. מנגד הממונה מתחייבת שלא לנקוט בצעדי אכיפה נגד המשיבות או נגד נושאי משרה בהן בגין הסדרים בתחום המיתוג הציבורי או הפרטי שנחקרו ע"י הרשות להגבלים עסקיים. מובהר בצו כי אין בהסכמה להוראותיו משום הודאה של המשיבות בהפרת החוק במועד שקדם לצו.

החקירה שקדמה להסכם

3. ההסכמה לצו באה כדי לסיים הליך של חקירה פלילית שהתנהלה כנגד המשיבות. חקירה באותם נושאים התנהלה גם כנגד שתי חברות אחרות, טלרד נטוורקס בע"מ (להלן: טלרד) ותדיראן בע"מ (להלן: תדיראן) (להלן שתי החברות ביחד: החברות), ובעקבותיה התבקש בית הדין להגבלים עסקיים (כב' השופטת מ'

החקירה הפלילית (להלן: החקירה) נגד המשיבות ונגד החברות התנהלה בגין חשדות לעבירות בשני תחומי פעילות. האחד הוא תחום המיתוג הציבורי, דהיינו התחום המתייחס לאותו חלק של מרכזות תקשורת, שבתשתית שירותי התקשורת המסופקים ע"י משיבה 1 לציבור.

4. ברקע הפעילות בתחום המיתוג הציבורי מונח רצונה של המשיבה 1 להחליף את המרכזות האנלוגיות שהיו ברשותה למרכזות דיגיטליות. את המרכזות הציבוריות הדיגיטליות רכשה בזק מהחברות שהיו אז גם היחידות שסיפקו את ציוד המרכזות ואת שירותי האחזקה שלהן, זאת בין בדרך "הסכמי מסגרת" ובין בדרך מכרזים סגורים.

ממצאי החקירה, לשיטת הממונה, מלמדים כי בהתקשרויות עם החברות, התחייבה משיבה 1 לשמור על יחס הזמנות קבוע ביניהן ולהימנע מהכנסת ספק מרכזות שלישי לתחום המיתוג הציבורי. כבילות אלו אסורות על פי חוק ההגבלים העסקיים (ללא קבלת אישור בית הדין או קבלת פטור הממונה). על פי עמדת הממונה, ההסכמים האמורים גרמו פגיעה תחרותית ברורה ומשמעותית.

5. התחום השני בו עסקה החקירה הוא תחום המיתוג הפרטי (המתחיל בנקודה שבה מסתיימת הרשת הציבורית). תחום זה נקרא גם תחום ה"נס"ר" (נקודת סיום רשת). עד 1994 המשיבה 1 היתה הגוף היחיד שהיה בעל רישיון לספק שירותי נס"ר, והחברות היו היחידות המייצרות ומספקות מרכזות פרטיות. בשנת 1994 הוחלט לפתוח את התחום לתחרות, וניתנה אפשרות לחברות נוספות, מלבד המשיבה 1, לקבל רישיונות להספקת שירותי נס"ר וכן מגבלות היבוא הוקלו. בשלב זה המשיבה 1 העבירה את הפעילות שלה בנס"ר לחברת הבת שלה, המשיבה 2.

על פי הבקשה, החקירה העלתה כי לאור פתיחת התחום לתחרות ועקב רצון של המשיבה 1 והחברות לשמור על מעמדן, בין השנים 1994-1997 חברו השלוש בהסדרים כובלים, שבגדרם סוכם בין המשיבה 1 ובין כל אחת מהחברות שכל אחת מהן תמליץ ללקוחותיה לרכוש שירותי נס"ר מהמשיבה 2 וכי מידע על חברות אחרות שמספקות שירותים אלה יימסר רק על פי דרישה מפורשת. המשיבה 2 מצידה התחייבה, על פי ממצאי החקירה, לא להציע ללקוחות של החברות כל ציוד

ברם, מהיבט הפגיעה התחרותית העלה חומר החקירה, על פי הודעת הממונה, כי חרף ההסדרים האמורים התקיימה תחרות ערה בתחום המיתוג הפרטי. דהיינו, התחרות בפועל לא צומצמה.

שיקולי הממונה להעדפת חלופת הצו המוסכם

6. בבסיס החלטת הממונה להעדיף צו מוסכם על הליך פלילי עמדו השיקולים הבאים:

הממונה סבורה כי בנסיבות הרלבנטיות הצו המוסכם הוא אמצעי האכיפה המתאים ביותר לקידום האינטרס הציבורי. השיקול העיקרי לכך היה השיקול שבין הראיות שנאספו בפרשת המיתוג הציבורי קיים גם חומר חסוי מחמת ביטחון המדינה. על פי השקפת רשויות הביטחון, פרקליטות המדינה והממונה, חשיפתו של אותו חומר עלולה לפגוע בביטחון המדינה. מאידך, חומר זה עשוי להיות רלבנטי להגנת המשיבות, והוא אף ידוע להן, ולכן רבו הסיכויים שהוא היה נחשף במהלך ניהול הליך פלילי או משפטי אחר. על פי האמור בבקשה, סוגיית האכיפה בתיק זה הגיעה עד לפתחו של היועץ המשפטי לממשלה, והוא סמך ידו על סיום התיק בדרך של צו מוסכם.

שיקול נוסף שהממונה ראתה לנכון לייחס לו חשיבות נעוץ בעובדה שהחברות הן חברות אחיות, ובמסגרת השימוע שנערך להן, הועלתה הטענה שבשל היותן בבעלות מלאה של חברת האם "כור", קיימת ביניהן קירבה מבנית המשפיעה על תמריצי התחרות שלהן זו בזו. לעניין המיתוג הפרטי הובאה בין שיקולי הממונה העובדה שממצאי החקירה העלו כי לא צומצמה התחרות בפועל, וכן העובדה שהתקיימו לגבי קשיים ראייתיים שהטילו ספק ביכולת להוכיח את העבירה.

להחלטה האמורה גם תרמה העובדה שהסכום של שני מיליון ש"ח אותו משיבה 1 מתחייבת לשלם לאוצר המדינה הוא גבוה מסכומים ששולמו במסגרת צווים מוסכמים אחרים, וביחד עם הסכום של 8 מיליון ש"ח ששולם על ידי החברות, הוא הסכום הגבוה ביותר שהוסכם לתשלום עד כה לאוצר המדינה על פי סעיף 50(ב) לחוק. לגישת הממונה, סכום זה הוא מידתי ביחס לעבירות שהמשיבות היו צד להן, על פי החשד, וגם ביחס לסכום שהחברות שילמו במסגרת הצו בתיק שלהן. עם זאת, על פי הבהרת הממונה, הסכום האמור אינו בהכרח משקף את הרווח הכספי שהופק, ככל שהופק, כתוצאה מההסדרים הנחשדים. הובהר גם כי הטעם לכך שהסכום שמשיבה 1 מתחייבת לשלם נמוך מהסכום שהחברות

מעבר לכך, ייחסה הממונה חשיבות להסכמה לעניין הכללים התנהגותיים שהם צופים פני עתיד. הובהר כי חשיבותם של אלה, עלתה לאור טענות ההגנה שהעלו המשיבות והחברות במסגרת השימוע שנערך להן. אותן טענות נשענו על שיקולי ביטחון המדינה והסודיות הכרוכה בהם מעצם טיבם.

4. באת-כח הממונה הטעימה כי היתרון או הערך המוסף שיש בצו המוסכם במקרה הזה על החלופה של קביעת קיום הסדרים כובלים על פי סעיף 43 לחוק הוא בכך שקביעה כזו אינה צופה פני עתיד, בעוד שעל פי הצו המשיבות נוטלות על עצמן התחייבויות לעתיד, שחשיבותן רבה, נוכח טענות ההגנה שהועלו בשימוע בנוגע להשלכת השיקולים של ביטחון המדינה על ביצוע העבירות. הצו מבהיר ששיקולים כאלה לא יהוו בעתיד עילה להתנהגות של המשיבות המנוגדת לחוק ההגבלים העסקיים ויחייב את המשיבות להביא לבחינה לפני מערך האכיפה על ההגבלים העסקיים כל הסדר כובל, גם אם מעורבים בו שיקולים של ביטחון וסודיות הנגזרת מהם. גם אם הציות לאותן הוראות נובע ממילא מהחוק עצמו, טענה באת-כח הממונה, יש להתחייבויות חשיבות מעשית בנסיבות הספציפיות, בכך שהן מנטרלות את האפשרות להעלות טענת "מעשה מדינה".

עמדת המשיבות

5. ב"כ המשיבות הטעים כי המשיבה 1 מכחישה את החשדות שיוחסו לה, דבר המובהר בצו המוסכם. לטענתו, בשנים הרלבנטיות בחרה המשיבה 1 את הספקים וחילקה את ההזמנות ביניהם במידה רבה בהתבסס על שיקולים ביטחוניים ועל תכתיבים. עוד טען ב"כ המשיבות כי החברות היו שתי ספקיות הציווד המקומיות היחידות באותן שנים, וההחלטה של המשיבה 1 שלא לרכוש ציוד מספק שלישי התקבלה על יסוד שיקולים ענייניים ועסקיים, ולא מכח ההסדרים שהיו בינה לבין החברות. באשר לאופן חלוקת ההזמנות בין שתי החברות, טען ב"כ המשיבות כי בהתחשב בעובדה שמדובר בשתי חברות אחיות, האפשרות לקיים ביניהן תחרות עסקית אמיתית לא נתפסה באותם ימים כאפשרית וכמעשית. עוד טען כי משעה שהמשיבה 1 התקשרה בהסכמי מסגרת עם שתי החברות כספקיות, לתקופה מוגדרת ולמחירים מוגדרים, חלוקת הרכישות ביניהן על בסיס שוויוני או בהתבסס על פרופורציה אחרת, לא פגעה בתחרות.

אשר לצו המוסכם: הסביר ב"כ המשיבה כי המשיבה 1 נתנה את הסכמתה לצו כמי שכפאו שד, וקודם לכן סירבה להצטרף להסכם שנעשה מול החברות, בסברה שבהתנהגותה לא נפל רבב. ואולם, הסכמתה עתה היא בגדר פשרה שהסכימה לה כדי לשים מאחוריה פרשות אלה, שהטיפול בהן מול רשויות רבות גזל זמן ומשאבים משמעותיים.

6. לעניין השיקולים לאישור הצו טען ב"כ המשיבות בצדק, כי השאלה האם לאשר את הצו המוסכם צריכה להיבחן מול החלופות, שהן למעשה מוגבלות. החלופה של כתב אישום נפסלה באופן קטיגורי על ידי היועץ המשפטי לממשלה, והיום היא כבר התיישנה. החלופה האחרת – קביעת קיום הסדרים כובלים לפי סעיף 43 לחוק – נשללה על ידי הממונה לאחר קיום שימוע. ברקע שלילה זו מונחת הכחשת המשיבה 1 שהיתה צד להסדרים כובלים. לאור הכחשה זו, ברור שהוצאתה של הקביעה היתה מתגלגלת בסופו של דבר לדיון בבית משפט במסגרת של ערר, וכל אותם שיקולים הנוגעים לחשיפתו של חומר הראיות לפני בית המשפט היו נכונים גם להליך משפטי כזה. שיקול נוסף התומך בהימנעות מקביעה לפי סעיף 43 לחוק הוא חלוף הזמן. אמנם אין התיישנות פורמאלית על סמכות להוציא קביעה, ואולם, ראוי שזו תופעל בתוך פרק זמן סביר. עוד הפנה ב"כ המשיבות לעובדה שניתן תוקף לצו המוסכם בעניינן של החברות, ולדבריו, נקיטה באמצעים מחמירים דווקא כנגד משיבה 1 הוא מהלך בלתי סביר, בשעה שלכאורה חמור יותר ההסדר האופקי בין החברות וכאשר, אם היתה פגיעה בתחרות, הרי שהנפגעת מכך היתה המשיבה 1 עצמה.

התנגדויות

7. על פי הקבוע בחוק, פרסמה הממונה הודעה בדבר כוונתה להגיש לבית הדין בקשה זו והזמינה את הנפגע מהצו להעלות טענותיו לפניה. בתגובה לפרסום ההודעה, התקבלו אצל הממונה שתי התנגדויות: טענותיו של עו"ד הזנפלד (אשר גם פתח בהליך של תביעה ייצוגית בקשר עם פרשת המיתוג הציבורי), וטענות עמותת "אומץ", שהצטרפו להתנגדות עו"ד הזנפלד. ביסוד טענות המתנגדים מונחת הטענה כי המעשים נשוא המיתוג הציבורי הביאו לרווחי עתק קרטליסטיים שזרמו לצדדים להסדרים הכובלים, ולכן הקנס המשולם במסגרת הצו מגוחך. עוד נטען ע"י המתנגדים כי אי-הגשת כתב אישום אינה משרתת את האינטרס הציבורי שבאכיפת החוק, מאחר שהיא פוגעת בהרתעה מפני מעשים כאלה. לשיטת המתנגדים, הצו המוסכם משקף סלחנות בלתי מוצדקת, בעוד שראוי היה למצות את הדין עם המשיבה 1, במיוחד מאחר שמדובר בחברה מונופוליסטית בשוק התקשורת. לחלופין ביקש המתנגד הזנפלד לתקן את הצו המוסכם, כך שיכלול

הכרעה

8. אני רואה לנכון ליתן תוקף של צו להסכמה בין הממונה לבין המשיבות, ושיקוליי לכך הם אלו שהועלו בטיעון באי-כח שני הצדדים, כפי שפורטו לעיל. שיקולי הממונה על הגבלים העסקיים והיועץ המשפטי לממשלה להימנע מהליך פלילי העלול לפגוע בביטחון המדינה משכנעים. יתר על כן, בירור משפטי, בין במסגרת הליך פלילי ובין בגדר ערר על קביעה לפי סעיף 43 לחוק, מעצם טיבו, צורך זמן שיפוטי ממושך ומשאבים רבים מכל הגורמים המעורבים, בעוד שבאמצעות הצו המוסכם מסתיים העניין ביעילות, תוך השגת עיקר מטרות האכיפה (תגמול, התרעה). בנוסף, אני רואה מקום לקיים הליכים משפטיים כאלה נגד המשיבות דווקא, כאשר כבר לפני שנתיים ניתן תוקף של צו להסכמה בין הממונה לבין החברות. ובנוסף, הסכום המשולם במסגרת הצו הנוגע למשיבה 1 אינו נמוך כלל, מה גם שכלל הסכומים שאוצר המדינה יקבל, בהתחשב גם בצו הנוגע לחברות, מגיעים ל-10 מיליון ש"ח. אוסיף כי, קביעת היקף הרווח לצדדים להסדרים קשה מאוד, והדעת נותנת כי הערכת המתנגדים בשלב זה לעניין זה נשענת על הנחות נוחות אשר ניתנות לערעור. ובאשר לטענה החלופית של המתנגד הזנפלד, אומר כי אין צורך, לצורך השגת תכלית הצו, בהבהרה המבוקשת, כאשר ממילא לא נאמר בצו אחרת.

לאור האמור, אני מאשרת את נוסח הצו שהוצע בבקשה, ונותנת לו תוקף של צו.

ניתנה היום ג' בחשוון, תשס"ז (25 באוקטובר 2006).

ההחלטה תישלח לב"כ צדדים.

מרים מזרחי, שופטת