



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

בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ – ניצול לרעה של מעמד בשוק

בהתאם לסמכותי לפי סעיף 43(א)(5) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח–1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים" או "החוק") אני קובע בזאת כי בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: "בזק") ניצלה לרעה את מעמדה כבעלת מונופולין בדרך של קביעת מחירים בניגוד להוראות סעיף 29 לחוק.

א. מבוא

בזק היא חברה ציבורית הפועלת בתחום התקשורת ומוכרזת כבעלת מונופולין במספר שווקים, ביניהם אספקת שירותי תשתית אינטרנט ואספקת שירותי טלפוניה ניידת.¹ עניינה של קביעה זו בפרקטיקה שננקטה בידי בזק ואשר חסמה את מתחרותיה של בזק בשוק הטלפוניה, אשר שירותיהן ניתנים על גבי תשתית האינטרנט. חסימה זו התרחשה כתוצאה ממדיניות תמחור בה נקטה בזק ולפיה תשתית האינטרנט, הדרושה למתחרותיה לשם אספקת שירותי טלפוניה, נמכרה במחיר גבוה יותר ממחירם של שירותי טלפוניה ואינטרנט שנמכרו על ידי בזק לצרכן. בכך פגעה בזק ביכולתן של מתחרותיה, גם אם היו יעילות כמוה, מלהתחרות בה.

יודגש, כי קביעה זו אינה מכוונת כנגד גביית מחיר נמוך לצרכן בגין שירותי הטלפוניה של בזק. עניינה של קביעה זו בפער שבין המחיר לצרכן שקבעה בזק לבין המחיר שגבתה בזק עבור התשתית על גביה סופקו שירותי טלפוניה על ידי מתחרותיה. אכן, אילו היתה בזק מוזילה את מחיר הטלפוניה לצרכן תוך הוזלה מקבילה של מחיר התשתית הדרושה למתחרותיה, יכולה היתה להוריד מחירים ובד בבד להימנע מפגיעה בתחרות.

הפסול שדבק בהתנהגותה של בזק הוא אופייני לענפים ושווקים שבהם מתחרה ותיק ומבוסס עשוי להשתמש בכוחו ובמעמדו על מנת לדחוק מתחרים, ובפרט בשעה שהוא שולט בתשתית הדרושה להם לשם מתן השירות המתחרה.

ב. רקע עובדתי

בזק מוכרזת כבעלת מונופולין לפי סעיף 26 לחוק בחמישה שווקים:

- שירות טלפון בסיסי;

¹ הכרזה על קיום מונופולין, בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, 4329 הגבלים עסקיים 1995 (להלן: "הכרזת המונופולין הראשונה"); הכרזת מונופולין, בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, 5000002 הגבלים עסקיים 2004 (להלן: "הכרזת המונופולין השנייה").

- מתן שירותי תשתית התקשורת;
- שירותי העברה ותמסורת של שידורים לציבור;²
- אספקת שירותי גישה בקצב מהיר באמצעות רשת הגישה למנוי;
- אספקת שירותי גישה בקצב מהיר באמצעות רשת בזק ציבורית מרכזית.³

השווקים הרלוונטיים לענייננו הינם שירות הטלפון הבסיסי (שירותי טלפוניה) ואספקת שירותי גישה בקצב מהיר באמצעות רשת הגישה למנוי (להלן: "**שירות תשתית אינטרנט**"). בשוק שירות טלפון בסיסי, בזק מוכרזת כבעלת מונופולין בהתאם להכרזה משנת 1995.⁴ בשוק אספקת שירותי גישה בקצב מהיר באמצעות רשת הגישה למנוי, הם שירותי תשתית אינטרנט ללקוח הסופי, בזק מוכרזת כבעלת מונופולין בהתאם להכרזה משנת 2004.⁵

מעמדה של בזק בתחום התקשורת הינו בעיקרו תולדה של התפתחותם ההיסטורית של שווקי התקשורת בישראל וראשיתו בהעברת רשת התקשורת שנוהלה על ידי משרד התקשורת לידי בזק בשנת 1984, בעת שזו היתה חברה ממשלתית. מאוחר יותר הופרטה בזק ועברה לידיים פרטיות.⁶ כלל שירותי התקשורת של בזק, לרבות שירות תשתית האינטרנט, מסופקים על גבי תשתית תקשורת בעלת רכיבים משותפים משמעותיים. תשתית זו שימשה בעבר לטלפוניה ניידת בלבד ועברה במרוצת השנים שדרוגים והתאמות לטכנולוגיה המתחדשת.

במרוצת השנים נפתח שוק התקשורת בישראל באופן הדרגתי לתחרות, אולם בזק היתה ועודנה בעלת מעמד מונופוליסטי בשווקים שהוזכרו לעיל.

בתחום שירות טלפון בסיסי, הוא שירות הטלפוניה הניידת, במהלך העשור הקודם החלו לפעול בישראל חברות המתחרות בבזק באספקת שירות זה. חלק מחברות אלו עשו ועודן עושות שימוש בטכנולוגיה המכונה Voice over Broadband או בקיצור VoB (או VoIP – Voice over Internet Protocol), המאפשרת מתן שירותי טלפוניה על גבי רשת רחבת-פס באמצעות מיתוג בטכנולוגיית IP.⁷ טכנולוגיה זו עושה שימוש ברשת האינטרנט הפתוחה לצורך העברת קול ואספקתה מותנית בכך שהלקוח הינו בעל גישה לתשתית אינטרנט.⁸ כלומר, שירותי תשתית האינטרנט מהווים תשומה הכרחית באספקת שירותי טלפוניה במתכונת VoB.

בהתאם למתכונת אספקת שירותי התקשורת בישראל, על מנת לקבל שירותי אינטרנט נדרש הלקוח לרכוש שירותי תשתית אינטרנט - לגביהם מהווה בזק בעל מונופולין כאמור לעיל -

² לשלושת השירותים הראשונים ראו: הכרזת המונופולין הראשונה, לעיל ה"ש 1; **ביטול ההכרזה על בעל מונופולין – בזק בינלאומי בע"מ, בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, 4989 הגבלים עסקיים 2001.**

³ לשני השירותים האחרונים ראו: הכרזת המונופולין השנייה, לעיל ה"ש 1.
⁴ ערר שהגישה בזק בשעתו על הכרזה זו נדחה על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, ערר (הגבלים עסקיים) 7/95 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (8.5.1997) 3001553 **הגבלים עסקיים** (להלן: "**ערר בזק על הכרזת המונופולין**").

⁵ הכרזת המונופולין השנייה, לעיל ה"ש 1.
⁶ לסקירה היסטורית בעניין זה ראו: קביעה לפי סעיף 43(א)(5) לחוק ההגבלים העסקיים, **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ – ניצול לרעה של מעמד בשוק**, 2007 **הגבלים עסקיים** 5000727.

⁷ ראו לדוגמא הגדרת ותיאור: "שירות טלפון על פס רחב" מתוך "רשיון כללי ייחודי למתן שירותי בזק פנים-ארציים ניידים" כפי שניתן ל-012 טלקום בע"מ. http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/2/632.pdf

⁸ לפירוט נוסף אודות התצורות הטכנולוגיות של הספקת שירותי VoB, ראו – "החלטה של שר התקשורת, מדיניות ההסדר והרישוי של אספקת שירותי טלפוניה באמצעות שירות גישה רחבת פס (VoB)" (31.1.2007), http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/9/529.pdf

ובנוסף, לרכוש שירותי גישה לרשת האינטרנט הניתנים על ידי חברות המחזיקות ברשיון מתאים מאת משרד התקשורת (ISP - Internet Service Provider). שירותי גישה לרשת האינטרנט ניתנים, בין היתר, על ידי חברות המספקות שירותי טלפוניה במתכונת VoB.

בתחום תשתית האינטרנט, החלה לפעול בשנת 2002 חברת הוט מערכות תקשורת בע"מ (להלן: "הוט") שהוקמה כתוצאה ממיזוג חברות כבלים אזוריות.⁹ שירותי תשתית האינטרנט של הוט מוענקים על גבי תשתית בבעלותה המשמשת להעברת תכני טלוויזיה רב-ערוצית למנויים. אותה התשתית משמשת את הוט גם למתן שירותי טלפוניה ניחת.

עד שנת 2008 סיפקה בזק שירותי תשתית אינטרנט כשירות נוסף הניתן ללקוחות שירותי הטלפוניה הניחת של בזק בלבד, ולא כשירות נפרד העומד בפני עצמו. שירות זה כונה בתיק השירות ברשיונה הכללי של בזק "שירות גישה בקצב מהיר באמצעות ספקי אינטרנט" ("ADSL"). בשנת 2008 החלה בזק לספק שירותי תשתית אינטרנט שאינם מותנים ברכישת שירותי טלפון או שירותים אחרים של בזק. שירות זה כונה שירות "ADSL Only".¹⁰

בעבור שירות ADSL Only, הניתן כאמור ללקוחות שאינם צורכים שירותי טלפוניה מבזק, גבתה בזק תשלום בגין שירות תשתית אינטרנט הנקבע על פי מהירות הגלישה באינטרנט (הנמדדת במונחי Mbps - מגה סיביות לשניה). כמו כן גבתה בזק תשלום נוסף, ייחודי לשירות זה, אשר נועד לבטא את השימוש שנעשה בתשתית של בזק לצורך מתן שירותי האינטרנט.¹¹ התשלום הנוסף יכולה להלן "תשלום ADSL Only".

אספקת שירות ADSL Only החלה בשנת 2008, בעקבות החלטת משרד התקשורת לפצל את הכריכה של שירותי הטלפוניה ותשתית האינטרנט אלה באלה ולחייב את בזק "[ל]אפשר למנוי המעוניין בכך לרכוש שירותי גישה בלבד מחברת 'בזק', ושירות טלפוניה ממפעיל הפועל בשיטת VOB". משרד התקשורת הסביר אז כי "החלטה זו צפויה לתרום להתפתחות התחרות בתחום הטלפוניה הפנים-ארצית הניחת (ההדגשה במקור - הח"מ)".¹² משרד התקשורת לא קבע את גובהו של תשלום ADSL Only, אלא הותיר את קביעת המחיר לשיקול דעתה של בזק, כאשר זו כפופה לחובה, מכוח חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, לגבות "תשלום סביר" עבור שירות זה.¹³ הסכום שנקבע ב-2008 על ידי בזק כתשלום ADSL Only עמד על 25 ₪ (כולל מע"מ), ולא השתנה במרוצת השנים.

⁹ ראו החלטה בדבר אישור בתנאים של מיזוג "חברות הכבלים", 2002 הגבלים עסקיים 4474. חלק מהשירותים שמספקת הוט ניתנים בפועל על ידי תאגידים קשורים לה.

¹⁰ משרד התקשורת, הודעה לתקשורת "משרד התקשורת מפרסם החלטתו בנושא ה-ADSL Only" (5.3.08), http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/8/1348.pdf (להלן: "ההודעה לעיתונות על שירות ADSL Only").

¹¹ משרד התקשורת "אספקת שירות גישה רחבת פס לספק גישה לאינטרנט ללא זיקה לשירות טלפון בסיסי - שימוע" סעיפים 8-9 (20.12.2011) http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/0/2710.pdf (להלן: "שימוע משרד התקשורת").

¹² ההודעה לעיתונות על שירות ADSL Only, לעיל הי"ש 10.

¹³ שם, וכן ראו סעיף 17 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 הקובע כי "שירות בזק שלא נקבע לו תשלום לפי סעיף 15, רשאי בעל רישיון לדרוש בעדו תשלום סביר".

לשם השלמת התמונה יצויין כי כעבור כארבע שנים, ביום 6.3.12 (לאחר מועדי ההפרה המיוחסים לבזק בקביעה זו), החליט משרד התקשורת לבטל את תשלום ADSL Only (להלן: "**החלטת משרד התקשורת**"). משמעות החלטה זו היא כי בזק אינה רשאית עוד לגבות מאת לקוחות הרוכשים ממנה שירות תשתית אינטרנט בלבד תשלום נוסף, מעבר למחיר תשתית האינטרנט.

ג. עובדות המקרה

בין התאריכים 15 בינואר 2011 ועד 14 באפריל 2011 ערכה בזק מבצע שכותרתו "200 דקות". במסגרת מבצע זה הציעה בזק מנוי לקו טלפון נייד, הכולל מכסה חודשית של 200 דקות שיחה ליעדים נייחים, בתמורה ל-19.90 ₪¹⁴ לחודש (כולל מע"מ). עוד על פי תנאי המבצע, לקוח הצורך דקות שיחה בהיקף העולה על מכסת 200 הדקות יחויב בתשלום של 10 אגורות לדקה (כולל מע"מ) עבור שיחות ליעדים נייחים ושל כ-14.8 אג' לדקה (כולל מע"מ) עבור שיחות ליעדים נייחים.¹⁵ למבצע 200 דקות יכלו להצטרף לקוחות קיימים של שירות טלפוניה ניידת בבזק, ובלבד שאלה לא התנתקו משירותי בזק במהלך שלושת החודשים שקדמו לבקשתם להצטרף למבצע.

התעריף שבמבצע היה תקף למשך שישה חודשים שבסיומם בוצעה העברה אוטומטית של הלקוח ל"סל תשלומים חלופי" במחיר 59.90 ₪ לחודש, אלא אם הודיע הלקוח על רצונו להתנתק או לעבור למסלול חיוב שונה. מבצע 200 דקות לא הותנה בכל התחייבות מצד הלקוח, והלקוח לא נדרש להמשיך ולרכוש שירותים מבזק בתום תקופת המבצע.

במשך כל תקופת מבצע 200 דקות, בזק גבתה מלקוחות אשר רכשו ממנה שירותי תשתית אינטרנט בלבד סכום של 25 ₪ (כולל מע"מ) כתשלום עבור שירות ADSL Only.

על כן, לקוח שביקש בתקופה זו לרכוש שירותי טלפוניה ניידת בשיטת VoB על גבי תשתית האינטרנט של בזק, נדרש לשלם לבזק 25 ₪ כתשלום ADSL Only, בנוסף לתשלום בגין שירותי תשתית האינטרנט (במחיר שיכונה לצורך הדיון "N") וכן לשלם עבור שירותי VoB (במחיר שיכונה "P").

לעומת זאת, לקוח שרכש שירותי תשתית אינטרנט ושירותי טלפוניה ניידת של בזק במסגרת מבצע 200 דקות, שילם את מחיר שירות תשתית האינטרנט (במחיר N) בתוספת כ-20 ₪ (19.90 ₪ ש"ח) בלבד עבור שירותי הטלפוניה הניידת, ללא כל תוספת.¹⁶ כפי שמפורט בטבלה שלהלן:

¹⁴ המחיר המדויק עמד על 19.90 ₪. לצורך הנוחות בלבד נתייחס למחיר זה כאל כ-20 ₪ אולם הקביעה נוגעת לניצול לרעה בגין מחיר שעמד על 19.90 ₪.

¹⁵ יצויין כי במקביל ובסמוך למבצע 200 דקות ערכה בזק מבצעים דומים שכללו חבילות דקות שיחה כלולות בכמויות ומחירים משתנים.

¹⁶ ככל שלא צרך יותר מ-200 דקות שיחה לטלפון נייד, בהתאם לתנאי מבצע 200 דקות.

מחיר	שירותים	
$20 + N$	תשתית אינטרנט + שירותי טלפוניה הכוללים 200 דקות שיחה	בזק
$25 + N + P$	תשתית אינטרנט (בתוספת שירות ADSL Only) + שירותי טלפוניה נייחת בשיטת VoB	מתחרה

במצב דברים זה, נוצר פער מחירים טבוע בין המחיר בגין אספקת שירותי טלפוניה נייחת ותשתית אינטרנט כפי שהציעה בזק ללקוחותיה לבין המחיר בו ניתן להציע שירותי טלפוניה נייחת דומים על ידי מתחרותיה של בזק ללקוחות תשתית האינטרנט של בזק. פער זה נעוץ במרווח השלילי שבין מחיר שירות תשתית האינטרנט והטלפוניה שגובה בזק מלקוחותיה במסגרת מבצע 200 דקות לבין מחיר שירות תשתית האינטרנט, בתוספת תשלום ADSL Only, הגבוה מאת לקוחות שאינם לקוחות טלפוניה של בזק, ואשר צורכים שירותי טלפוניה בשיטת VoB מאת מתחרותיה של בזק.

בהינתן כי שירותי הטלפוניה ותשתית האינטרנט נמכרים ללקוחות בזק במחיר $N+20$ ואילו שירותי תשתית האינטרנט, המהווים כאמור תשומה במתן שירותי טלפוניה מתחרים בבזק, נמכרים על ידי בזק ללקוחות (שאינם לקוחות טלפוניה בבזק) במחיר $N+25$, מתקיים פער שלילי אינהרנטי בין שני המחירים העומד על 5 ₪.

כתוצאה מהפער השלילי, לקוח שירותי הטלפוניה והאינטרנט של בזק אשר שקל האם לצרוך, חלף זאת, שירותי טלפוניה מאת ספקית VoB, ניצב בפני הברירה הבאה: האם להוסיף להיות לקוח טלפוניה ואינטרנט בבזק בעבור תשלום חודשי של 20 ₪, בתוספת מחיר שירות תשתית האינטרנט; או להוסיף ולהיות לקוח תשתית האינטרנט של בזק בלבד, ולשאת בתשלום שירות תשתית האינטרנט וכן בתשלום ADSL Only בגובה 25 ₪, ובנוסף על כך לשאת בתשלום עבור שירותי טלפוניה בשיטת VoB. תוצאת הדברים היא כי עוד בטרם נקבע מחיר שירות ה-VoB, נדרשת ספקית ה-VoB "להשיב" 5 ₪ לכל לקוח שהיא מעוניינת לגייס העושה שימוש בתשתית האינטרנט של בזק.

כפי שיפורט בהמשך, אסטרטגיה תמחורית זו, בה נקטה בזק, עלולה היתה לפגוע במתחרותיה של בזק במתן שירותי טלפוניה נייחת, הן ספקיות שירות טלפוניה בשיטת VoB. בהתנהלות זו יש משום ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי.

ד. ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה

1. סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים

בעל מונופולין מוגדר בסעיף 26א) לחוק ההגבלים העסקיים כמי שמחזיק בידו ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקתם או רכישתם של הנכסים או השירותים. הדין הישראלי אינו אוסר על עצם רכישת מעמד מונופוליסטי אלא קובע מגבלות על יכולתו של בעל מונופולין לפעול בדרכים שעשויות לפגוע בתחרות או בציבור. בכך מוטלת על בעל מונופולין "אחריות מיוחדת".¹⁷

עיקרן של מגבלות אלו מצוי בסעיף 29 לחוק, האוסר על בעל מונופולין לסרב סירוב בלתי סביר לספק את הנכס שבמונופולין, ובסעיף 29א לחוק, הקובע איסור על בעל מונופולין מלנצל את מעמדו לרעה באופן העלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור.

סעיף 29א נוסח על יסוד סעיף דומה באמנה האירופית, מתוך כוונה לאמץ אל הדין הישראלי את הכללים הנהוגים בשיטת הפיקוח על מונופולים במשפט האיחוד האירופי. כפי שצויין בדברי ההסבר להצעת החוק:

"מטרתו של סעיף [זה] 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 המקומות במדינות אחרות (ובמיוחד בשינויים המחוייבים, את תכנית הפיקוח הקבועה בדיני הקהילה האירופית המשותפת, בסעיף 86 של אמנת רומא מ-1957 [סעיף 102 לאמנת ליסבון כיום – הח"מ]), להגדיר באופן ברור וכללי את כפיפות בעל המונופולין להתנהגות מותרת".¹⁸

האיסור על ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי לפי סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים בנוי משני נדבכים. בסעיף 29א) נקבע איסור כללי על ניצול מעמד לרעה ובנוסף, בסעיף 29א) נקבעה רשימה של מעשים שיראו בהם כמהווים ניצול לרעה וזאת בדומה למבנה סעיף 2 לחוק. להלן נוסח הסעיפים:

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

¹⁷ מוני (הגבלים עסקיים) 1/93 הממונה על הגבלים עסקיים נ' חברת דובק בע"מ, 1995 הגבלים עסקיים 3005459, פס' 15. ב; וכן הי"ע (הגבלים עסקיים) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פס' 53 (פורסם בנבו, 7.6.2000).

¹⁸ דברי ההסבר לסעיף 29א, הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשנ"ה-1995, עמוד 229; אשר הובאו גם בהי"ע (הגבלים עסקיים) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות פס' 54 (פורסם בנבו, 4.11.1999) (להלן: "פסק הדין החלקי בעניין ידיעות אחרונות"); והי"ע 801/08 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים פס' 65 (פורסם בנבו, 16.12.2009) (להלן: "פסק הדין בעניין קישור הגומלין").

(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 מסויימים 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)."

יסודות האיסור הכללי על ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי בהתאם לסעיף 29א(א) כפי שפורשו בפסיקה הם אלה:¹⁹

(א) בעל מונופולין;

(ב) ניצל לרעה של מעמדו בשוק;

(ג) באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.

לצורך הקמת עילה על פי סעיף 29א(א) לחוק יש להראות כי פעולותיו של המונופולין עלולות היו להפחית את התחרות או לפגוע בציבור. בין היתר, פרקטיקות הננקטות על ידי בעל מונופולין אשר עלולות להדיר את רגלי מתחריו מן השוק עשויות להוות הפרה של סעיף 29א(א) לחוק ההגבלים העסקיים.

בית הדין להגבלים עסקיים הדגיש בעבר כי די בקיומה של עלילות לפגיעה בתחרות ואין צורך בהתממשותה של הפגיעה בפועל. כלשונו:

"עקרונית, הממונה יכולה היתה לקבוע כי בזק ניצלה את מעמדה לרעה גם אם הפגיעה בתחרות לא היתה נגרמת בפועל, משום שדי בכך שהתנהלותה של בזק עלולה היתה להביא לפגיעה כזו."²⁰

סעיף קטן 29א(ב) פורש בפסיקה כמקים חזקה חלוטה בדבר ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי. דהיינו, בהתקיים היסודות של סעיף קטן (ב) מתייתרת הוכחת הפגיעה הנגרמת או העלולה

¹⁹ פסק הדין החלקי בעניין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 18, פס' 55.

²⁰ פסק הדין בעניין קישור הגומלין, לעיל ה"ש 18, פס' 66.

להיגרם עקב התנהגות כזאת.²¹ ככל שמתקיימים יסודותיו של סעיף זה, אין חובה להראות האם וכיצד פגעה או עלולה היתה התנהגותה של בזק לפגוע בתחרות או בציבור לצורך קביעה כי היה בהתנהגות משום הפרה של הוראות החוק. עם זאת, כפי שנראה בהמשך, במקרה זה ואף שהדבר הינו בבחינת למעלה מן הצורך, ניתן לקבוע כי התנהגותה של בזק היתה עלולה לכתחילה, ואף סביר כי פגעה בדיעבד, בתחרות ובציבור.

לעיל עמדנו על היותה של בזק מוכרזת כבעלת מונופולין הן במועד קביעה זו והן בתקופת עריכת מבצע 200 דקות בשווקי תשתית האינטרנט והטלפוניה. להלן נראה כי התנהלותה של בזק במסגרת מבצע 200 דקות מהווה ניצול לרעה של מעמדה המונופוליסטי באופן העלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור. זאת, הן על פי האיסור הכללי שבסעיף 29א(א) והן על פי החזקה הקבועה בסעיף 29א(ב)(1).

2.4. הצרת מרווחים

הצרת מרווחים (Margin Squeeze), המכונה גם הצרת מחירים (Price Squeeze), מתקיימת כאשר פירמה בעלת כוח שוק במעלה שרשרת הייצור (upstream), דהיינו במקטע התשומות, ואשר פעילה בנוסף במורד שרשרת הייצור (downstream), במקטע הקמעונאי (כלומר, פירמה שלה "אינטגרציה אנכית"), גובה מחוליות במורד השרשרת בגין תשומות שהיא מספקת להן מחיר אשר פוגע באפשרותן להתחרות בה במכירת המוצר הסופי במקטע הקמעונאי.

כך נכתב על ידי הנציבות האירופית בעניין Deutsche Telekom:

"[T]here is an abusive margin squeeze if the difference between the retail prices charged by a dominant undertaking and the wholesale prices it charges its competitors for comparable services is negative, or insufficient to cover the product-specific costs to the dominant operator of providing its own retail services on the downstream market."²²

בשל כך נקבע על ידי הערכאות המשפטיות של האיחוד האירופי כי הצרת מרווחים מהווה הפרה של האיסורים החלים על בעל מעמד דומיננטי בשוק, הקבועים בסעיף 102 לאמנה האירופית (בעבר סעיף 82 לאמנה), אשר אומצו בדין הישראלי בגדרי סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים:

"A margin squeeze, in view of the exclusionary effect which it may create for competitors which are at least as efficient as the dominant undertaking, in the absence of any objective

²¹ שם, פס' 56.
²² Case COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, Deutsche Telekom AG, [2003] OJ L263/9 Commission decision of 21 May 2003, para. 107.

(להלן: "החלטת הנציבות בעניין דויטשה טלקום")

justification, is in itself capable of constituting an abuse within the meaning of article 102 TEFU ..."²³

ובאופן דומה נקבע במקרה אחר :

"[A] pricing practice such as that at issue in the judgment under appeal [i.e. margin squeeze - הח"מ] that is adopted by a dominant undertaking such as the appellant constitutes an abuse within the meaning of Article 82 EC if it has an exclusionary effect on competitors who are at least as efficient as the dominant undertaking itself by squeezing their margins and is capable of making market entry more difficult or impossible for those competitors, and thus of strengthening its dominant position on that market to the detriment of consumers' interests."²⁴

כעולה מן המצוטט לעיל, על פי הדין האירופי, במסגרת בחינת קיומה של הצרת מרווחים, יש לבחון האם הפירמה הדומיננטית, בעלת האינטגרציה האנכית, גבתה מחירים שהיו עשויים לדחוק את מתחריה הפועלים "במורד הזרם" גם אם אלה היו יעילים במידה דומה. דחיקה זו עשויה להתקיים כאשר המחיר שקובעת הפירמה עבור התשומה הוא גבוה ביחס למחיר הקמעונאי שקבעה, באופן שאינו מאפשר להתחרות בה באופן אפקטיבי במכירת המוצר הסופי. מצב זה יוצר עדיפות אינהרנטית לפירמה הדומיננטית בתחרות בשוק הקמעונאי.

ודוק, קיומה של הצרת מרווחים אינו מותנה בהיותו של מחיר התשומה מחיר מופרז²⁵ או בהיותו של המחיר לצרכן מחיר טורפני - הגם שכל אחת מפרקטיקות אלו בפני עצמה עשויה להיות מנוגדת לדיני ההגבלים העסקיים.²⁶ זאת, שכן הרכיב הרלוונטי לבחינת קיומה של הצרת המרווחים הינו הפער שבין שני המחירים. תנאי לקיומה של הצרת מרווחים הינו כי הפער בין מחיר התשומה לבין מחיר המוצר הסופי הוא כזה שאינו מספיק לכיסוי עלויות אספקת המוצר. מקום שמדובר בפער שלילי, ממילא מתקיים תנאי זה.

יוער, כי גישת המשפט האמריקאי בהקשר זה שונה. בפסיקת בתי המשפט בארה"ב נקבע כי הצרת מרווחים אינה מהווה עילה עצמאית בדיני ההגבלים העסקיים אלא יכולה להוות הפרה של דיני ההגבלים העסקיים כאשר היא משמשת גורם בעל כוח שוק לעקיפת חובה לספק תשומה חיונית

²³ Case C-52/09 Konkurrenter v. TeliaSonera Sverige P [2011] 4 CMLR 982, para. 31 (להלן: "פרשת טליה-סוניה")

²⁴ Case C-280/08 P Deutsche Telekom AG v. Commission [2010] 5 CMLR 1495, para. 253. (להלן: "פסק הדין בערעור בעניין דויטשה טלקום")

וכן, פרשת טליה סוניה, לעיל ה"ש 23, פס' 63-65.
²⁵ ראו גילוי דעת 1/14: האיסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין; 500603 הגבלים עסקיים 2014. (להלן: "גילוי הדעת בדבר מחיר מופרז")

²⁶ פסק הדין בערעור בעניין דויטשה טלקום, לעיל ה"ש 24, פס' 183.

מכוח דיני ההגבלים העסקיים²⁷ או ככל שהמחיר הנגבה מהצרכן הסופי הוא מחיר טורפני.²⁸ לעומת זאת, בפסיקת בתי הדין של האיחוד האירופי נקבע כי הצרת מרווחים המנוגדת לדיני התחרות אינה מחייבת כי הפירמה בעלת המעמד הדומיננטי תפעל תחת חובה לספק את התשומה ומדובר בעילה בעלת תוקף משפטי עצמאי.²⁹

עילת הצרת מרווחים תפסה בעשורים האחרונים מקום מרכזי באכיפה כנגד פרקטיקות אנטי תחרותיות מצד חברות התקשורת הוותיקות באירופה. בשנים החולפות התקבלו בעניין זה מספר החלטות חשובות, הן על ידי נציבות התחרות של האיחוד האירופי והן על ידי בתי המשפט של האיחוד, כמו גם על ידי רשויות תחרות ורגולציה מדינתיות אשר עסקו במאטריה דומה לזו שבפנינו.³⁰

בחינת קיומה של הצרת מרווחים מצריכה איפוא, בשלב הראשון, בחינה של המחיר שבמעלה הזרם, הוא מחיר התשומה, ושל המחיר שבמורד הזרם, הוא מחיר המוצר הסופי, וחישוב הפער שביניהם. בשלב השני יש לבחון האם פער המחירים הינו כזה הפוגע או עשוי לפגוע ביכולתו של המתחרה למכור את המוצר הסופי.

כפי שהוזכר לעיל, מקרה פרטי של הצרת מרווחים מתרחש כאשר הפער בין המחיר שבמעלה הזרם לזה שבמורד הזרם יוצר מרווח שלילי (negative spread), כלומר, כאשר מחיר המוצר הסופי נמוך ממחיר התשומה. במקרה זה, פער המחירים מעצם טיבו אינו מאפשר לכסות את עלויות אספקת השירות שבמורד הזרם והדבר אינו תלוי במידת יעילותו של המתחרה במורד הזרם או בעלויות אספקת השירותים.³¹ למעשה, במצב דברים זה, המתחרה של בעל המונופולין נדרש לשלם ללקוחותיו מכיסו על מנת להעמיד בפניהם הצעה בת-תחרות. לפיכך, במקרה בו פער המחירים הינו שלילי, יראו פער זה כהצרת מחירים אסורה שיש בה כדי לדחוק מתחרים מן השוק שכן ממילא לא יוכל מתחרה בבעל המונופולין להציע הצעה בת-תחרות.

²⁷ הדיון בשאלה זו אינו נדרש לענייננו, עם זאת יצויין כי מתן שירות ה-ADSL Only נכפה על בזק על ידי משרד התקשורת על מנת לאפשר תחרות בתחום הטלפוניה. ראו, ההודעה לעיתונות על שירות ה-ADSL Only, לעיל ה"ש 10.

²⁸ ראו:

Pacific Bell Telephone Co. v. LinkLine Communications, Inc., 129 S. Ct. 1109 (2009);
Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U. S. 398 (2004)

לדיון בהבדלים בין הדין האירופי לאמריקאי:

Caroline Cavaleri Rudaz *Did Trinko Really Kill Antitrust Price Squeeze Claims? A Critical approach to the Linkline Decision through a comparison of E.U. and U.S. Case Law*, 43 Vand. J. Transnat'l L. 1077 (2010)

²⁹ פרשת טליה סונרה, לעיל ה"ש 23, פסי' 59-47.

³⁰ ראו לדוגמא: פרשות טליה סונרה לעיל ה"ש 23, פרשת דויטשה טלקום לעיל ה"ש 22, 24 ו-33 ופרשת טלפוניה להלן ה"ש 42. החלטת רשות התקשורת הבריטית OFCOM – Final Decision of The Office of Communications "Complaint from THUS plc and Gamma Telecom Limited against BT about alleged margin squeeze in Wholesale Calls pricing" 20.7.2013. (להלן: "פרשת BT"). אך לאחרונה, ביום 15.10.14 קיבלה הנציבות האירופית החלטה נוספת העוסקת גם בעילת הצרת המרווחים בעניין של החברות Slovak Telekom ו-Deutsche Telekom. נכון למועד קביעה זו, ההחלטה טרם פורסמה במלואה. ראו בהודעה לעיתונות מיום 15.10.2014 - [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-14-590 en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-590_en.htm)

³¹ החלטת הנציבות בעניין דויטשה טלקום, לעיל ה"ש 22, פסי' 138 ו-153.

כך ציינה הנציבות האירופית בהחלטה בעניין DT :

"The spread between the historic operator's (Deutsche Telekom - הח"מ) retail and wholesale tariffs can be negative, positive or zero. If the wholesale charges are higher than the retail charges there is a negative spread; **in that case there is a margin squeeze in any event**, irrespective of the product specific costs."³² (ההדגשה הוספה – הח"מ)

במקרים בהם נמצא כי הפער בין מחיר התשומה למחיר המוצר הסופי אינו שלילי, אפשר ובחינת קיום הצרת מרווחים תצריך בדיקה של מבנה העלויות על מנת לאמוד את המרווח של הפירמה המתחרה והאם מרווח זה הוצר באופן שעשוי לפגוע בתחרות. המבחן המקובל במשפט הקהילה האירופית לבחינת מצב כזה הוא, על פי רוב, האם הוגבלה יכולתו של מתחרה, היעיל באותה מידה (equally efficient competitor) בהשוואה למתחרה הדומיננטי הפועל בשוק, להתחרות.³³

ד.3. בזק ניצלה את מעמדה לרעה

הפער בין המחיר שגבתה בזק בגין שירותי אינטרנט וטלפוניה הניתנים ללקוחותיה במסגרת מבצע 200 דקות (במחיר N+20) לבין המחיר שגבתה בגין שירות תשתית אינטרנט ללקוחות שאינם לקוחות טלפוניה בבזק (במחיר N+25), הכולל שירות ADSL Only, ואשר מהווה כאמור תשומה הנדרשת לשם אספקת טלפוניה בטכנולוגיית VoB, הוא פער שלילי העומד על כחמישה ש"ח. בחישוב זה, עלות שירות תשתית האינטרנט (N) לבדו, דהיינו ללא רכיב ADSL Only, היא "שקופה", שכן אותה עלות נגבית מן הלקוח בין אם הוא רוכש מבזק שירותי טלפוניה ובין אם לאו.³⁴

קביעת מחיר שירותי תשתית אינטרנט וטלפוניה של בזק במסגרת מבצע 200 דקות, אשר שניהם שירותים שבמונופולין, כמחיר נמוך ממחיר שירות תשתית האינטרנט בלבד של בזק במתכונת ADSL Only, עלולה היתה להביא לדחיקת רגלי מתחרותיה של בזק בתחום הטלפוניה הנייחת ובכך לגרום להפחתה או פגיעה בתחרות.

נוכח העובדה כי מתן שירותי טלפוניה בטכנולוגיית VoB על ידי מתחרותיה של בזק בתחום הטלפוניה הנייחת מחייב רכישת שירותי תשתית אינטרנט כדרישה מוקדמת, קביעת מחיר עבור

³² שם, פסי' 138.

³³ ראו [2008] CMLR 631, para. 237 Case T-271/03 Deutsche Telekom AG v. Commission (להלן: "פסק הדין בערר בעניין דויטשה טלקום"):

"If the applicant's retail prices are lower than its wholesale charges, or if the spread between the applicant's wholesale and retail charges is insufficient to enable an equally efficient operator to cover its product-specific costs of supplying retail access services, a potential competitor who is just as efficient as the applicant would not be able to enter the retail access services market without suffering losses."

וכן ראו בגילוי הדעת בדבר מחיר מופרז, לעיל ה"ש 25.

³⁴ הגיון זהה חל גם על התשלום עבור שירות הגישה לרשת האינטרנט (ISP).

שירות תשתית אינטרנט במתכונת ADSL Only הגבוה בכ-5 ש"ח ממחיר שירותי תשתית אינטרנט וטלפוניה נייחת במסגרת מבצע 200 דקות, פוגעת ביכולתן של מתחרותיה של בזק להציע הצעות מתחרות למתן שירותי טלפוניה בטכנולוגיית VoB. צורת תמחור זו מצמצמת את מרחב התמרון התחרותי של מתחרותיה של בזק ועל כן מקימה חשש לפגיעה בתחרות בתחום. למעשה, על מנת להציע שירות טלפוניה בתנאים שווים לאלו שהוצעו על ידי בזק ללקוחות, היה על מתחרותיה של בזק לממן מכיסן את עלויות אספקת השירות ללקוח ולפצות כל לקוח ב-5 ש"ח למשך כל תקופת המבצע.

יובהר, כי הגבלת תוקפם של התעריפים שהונהגו במבצע 200 דקות לפרק זמן של שישה חודשים (שלאחריו יעודכנו המחירים, ככל שהלקוח לא שינה את תנאי ההתקשרות או סיים את התקשרותו עם בזק) אינה מפיגה את החשש מפני פגיעה בתחרות כתוצאה מן הפרקטיקה תמחרת בה נקטה בזק. כתוצאה מפרקטיקה זו, הוגבלה יכולתן של מתחרותיה של בזק לגייס לקוחות טלפוניה למשך תקופה בת חצי שנה, לכל הפחות. מכאן שיכולתן של המתחרות לקיים תחרות מלאה מול בזק על כלל הלקוחות ובכל הזמנים נפגעה.

כמו כן, העובדה שמבצע 200 דקות יועד ללקוחות קיימים של בזק ולא לכלל הלקוחות הפוטנציאליים בתחום הטלפוניה הנייחת, אף היא אינה מפיגה את החשש לפגיעה בתחרות כתוצאה מפעולותיה של בזק. זאת, שכן בזק כמתחרה הותיקה (Incumbent) בתחום הטלפוניה הנייחת החזיקה בתקופה הרלוונטית במאגר הלקוחות המשמעותי בתחום זה, במרחק ניכר ממתחריה. על כן ובשים לב לעובדה כי שוק הטלפוניה הנייחת אינו מצוי במגמת צמיחה, הלקוחות הפוטנציאליים לגיוס על ידי מתחרותיה של בזק הינם לקוחות קיימים של בזק ומכאן שפגיעה ביכולתן להציע הצעות מתחרות ללקוחות אלו פוגעת באופן ממשי ביכולתן לחדור ולהתבסס בשוק.

אמנם בנוגע לחלק מן הלקוחות, הצורכים דקות שיחה בכמות העולה משמעותית על 200 הדקות הניתנות ללא תשלום במבצע 200 דקות או כמות גדולה של דקות שיחה לטלפונים ניידים, יתכן שהיה ביכולתן של מתחרותיה של בזק להעמיד הצעה שתוכל להתחרות במבצע 200 דקות. אולם, מבדיקת דפוסי השימוש (היקף צריכת דקות שיחה ליעדים נייחים וניידים) של לקוחות בזק עולה כי קבוצה משמעותית של לקוחות מתוך לקוחות שירותי הטלפוניה והאינטרנט של בזק,³⁵ היו כאלה שמתחרותיה של בזק לא יכלו להעמיד בפניהם הצעה מתחרה לזו של בזק, אלא אם ישלמו ללקוחות אלו מכיסן.

קבוצה זו מונה, לכל הפחות, לקוחות טלפוניה אשר התשלום החודשי ששילמו לבזק עמד על סכום נמוך מתשלום ADSL Only, דהיינו נמוך מ-25 ש"ח (כלומר לקוחות ששילמו לבזק סכום נמוך מן הסך של 19.90 ש"ח עבור מבצע 200 דקות בתוספת 5.10 ש"ח עבור שיחות ליעדים נייחים החורגים מהחבילה שבמבצע או ליעדים ניידים שכלל אינם כלולים בחבילה). ביחס ללקוחות אלו לא היה ביכולתן של ספקיות VoB להעמיד הצעה מתחרה אפקטיבית אלא אם ישלמו ללקוחות אלו את

³⁵ מספר הלקוחות של שני השירותים חושב בהתבסס על נתוני בזק בניכוי שיעור האוכלוסייה אשר החזיקה בקו טלפון נייח אך לא במנוי אינטרנט.

הפער שבין הצעת בזק להצעתן ויספקו את שירות הטלפוניה ללא תשלום נוסף. בהתחשב בעלויות בהן נושאות ספקיות VoB לצורך מתן שירותי טלפוניה, ולמצער עלויות קישור גומלין בלבד, קבוצת הלקוחות אשר לא היה ביכולתן של ספקיות ה-VoB להעמיד בפניהם הצעה מתחרה גדולה אף יותר.

דיני ההגבלים העסקיים אוסרים על פרקטיקות של ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי כאשר אלה מקשות על החדירה לשוק והתרחבות בו, אף אם אין בהן כדי להביא לדחיקה מוחלטת של מתחרה מן השוק. התנהלותה של בזק כמתואר לעיל הציבה קושי ממשי בפני חדירה לשוק והתרחבות בו מצד מתחרותיה בתחום הטלפוניה הנייחת, הצרה את מרחב פעילותן והגבילה את יכולתן להציב תחרות לבזק. בכך יש משום ניצול מעמד לרעה על פי הוראת סעיף 29(א) לחוק ההגבלים העסקיים.

בנוסף, קיומו של פער מחירים שלילי בין מחיר שירותי תשתית האינטרנט והטלפוניה במבצע 200 דקות לבין מחיר שירותי תשתית האינטרנט בלבד במתכונת ADSL Only המסופק על ידי בזק, הוא התשומה הנדרשת לשם אספקת השירות המתחרה, מעיד על קיומה של הצרת מרווחים אסורה. כפי שהוסבר לעיל, בהינתן פער מחירים שלילי בין מחיר המוצר הסופי למחיר התשומה, אין צורך בבחינת עלויות אספקת השירות לשם זיהוי קיומה של הצרת מרווחים. בפער שלילי זה כשלעצמו טמון פוטנציאל לדחיקת מתחרים מן השוק שכן מתחרה בבעל המונופולין מוגבל מאוד ביכולתו להציע ללקוחות הצעה בת תחרות.

לאחרונה חזר בית הדין של האיחוד האירופי על העקרון לפיו פרקטיקות של דחיקת מתחרים בהן נוקט בעל מונופולין תהיינה מנוגדות לסעיף 102 לאמנה באם יש בהן כדי להקשות על חדירה והתרחבות של מתחרים בשוק, ולא רק כאשר מתקיימת בפועל דחיקה או חסימה מוחלטת של השוק בפני מתחרים:

"... a foreclosure effect occurs not only where access to the market is made impossible for competitors, but also where that access is made more difficult ..."³⁶

דברים אלו יפים גם לענייננו. פרקטיקת התמחור בה נקטה בזק הביאה ליצירת פער מחירים שלילי בין מחיר המוצר הסופי לבין מחיר התשומה הנדרשת לשם אספקתו על ידי מתחרותיה. בדרך זו הגבילה בזק את יכולתן של מתחרותיה להעמיד בפני לקוחות הצעות בנות תחרות והקשתה על חדירתן והתרחבותן בשוק.

העובדה כי שירותי תשתית האינטרנט לא נמכר על ידי בזק כתשומה סיטונאית אלא במכירה קמעונאית ללקוח בלבד אינה משנה מן המסקנה כי המחיר שקבעה בזק בגין שירותיה, באופן שיצר מרווח שלילי ביניהם, מהווה תמחור אסור אשר עלול היה לפגוע בתחרות. מצב זה נובע מהעדר שוק סיטונאי מלא של שירותי תקשורת בישראל שבו מאפשרים בעלי תשתיות לבעלי

³⁶ Case T-286/09 Intel Corp. v Commission, Judgment of 12.7.2014 (General Court), para 88.

רשיונות לרכוש ולעשות שימוש בתשתיותיהם על מנת לספק שירותי תקשורת לציבור.³⁷ בפועל, ובשל העדרו של שוק סיטונאי כאמור, אספקת שירותי תשתית אינטרנט בלבד ללקוח הסופי במתכונת ADSL Only היא תשומה הכרחית לצורך קבלת שירותים על גבי האינטרנט, ועל כן היא זהה במהותה למתן שירות סיטונאי כתשומה באספקת שירותי תקשורת אחרים.

יודגש, כי אין להסיק מן האמור לעיל כי היה על בזק להימנע מעריכת מבצעים לצרכן הסופי בתחום מתן שירותי תשתית אינטרנט או טלפוניה נייחת. זאת, בין היתר, מאחר שהיה ביכולתה של בזק לקבוע מחיר שונה בעבור שירות ה-ADSL Only, במקביל לעריכת מבצע 200 דקות או כל מבצע אחר, ובכך להימנע מחסימת מתחרותיה. בדרך זו, היתה בזק מוזילה את מחירם של שירותי הטלפוניה לצרכן ובד בבד נמנעת מניצול שליטתה בתשתית האינטרנט לחסימה של מתחרותיה.

ד.4. בזק קבעה רמת מחירי קניה ומכירה בלתי הוגנים של השירות שבמונופולין

סעיף 29א(ב)(1) לחוק קובע כי בעל מונופולין ייראה כמי שמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור במקרה של "קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין".

קביעת מחיר שירות האינטרנט והטלפוניה של בזק כמחיר נמוך ממחיר תשתית האינטרנט בלבד במתכונת ADSL Only מהווה תמחור בלתי הוגן של שירות במונופולין, כאמור בחזקה הקבועה בסעיף 29א(ב)(1) לחוק. כפי שהוסבר לעיל, אופן תמחור זה פגע ביכולתן של מתחרותיה של בזק להעמיד הצעות מתחרות בפני לקוחות בזק ולקיים תחרות הוגנת.

באופן דומה, נקבע על ידי הנציבות האירופית בעניין Deutsche Telekom, כי נקיטה בפרקטיקה תמחורית של הצרת מרווחים, כפי שמתקיים במקרה כאן, מהווה הפרה של האיסור על ניצול מעמד לרעה בדרך של גביית מחיר בלתי הוגן הקבוע בסעיף 102(a) לאמנה האירופית (בעבר סעיף 82(a) לאמנה), המקביל לסעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים:

"The margin squeeze therefore constitutes the imposition of unfair selling prices within the meaning Article 82(a) of the Treaty."³⁸

קביעה זו אושרה גם בפסיקת בתי המשפט של האיחוד האירופי.³⁹

³⁷ ראו בהקשר זה הועדה לבחינת מבנה תעריפי חברת "בזק" ועדכונם ולקביעת תעריפי שירותים סיטונאיים בתחום התקשורת הנייחת ("יועדת חייק") דו"ח הועדה (2011) http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/2/2642.pdf וכן הועדה לגיבוש המלצות מפורטות בדבר מדיניות וכללי התחרות בתחום התקשורת בישראל ("יועדת גרונאו") דו"ח הועדה (2008) http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/1/1351.pdf.

³⁸ החלטת הנציבות בעניין דיוטשה טלקום, לעיל ה"ש 22 פס' 57.
³⁹ פסק הדין בערר בעניין דיוטשה טלקום, לעיל ה"ש 33, פס' 167, 223, 252-253.

ד.5. למעלה מן הצורך - השלכות תחרותיות בפועל כתוצאה מהתנהלות של בזק

כאמור לעיל, המבחן העומד בבסיס עילת ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי מבוסס על פוטנציאל הפגיעה בתחרות של הפרקטיקה הנבחנת, ולא על מידת פגיעתה בתחרות בפועל.

לעיל הראנו כי אופן התמחור בו נקטה בזק במסגרת מבצע 200 דקות עלול היה להפחית את התחרות ועל כן מהווה הוא הפרה של סעיפים 29א(א) ו-29(ב)(1) לחוק. כאמור, די בעלילות לפגיעה בתחרות כתוצאה מהתנהלותו של בעל מונופולין על מנת שזו תהא אסורה על פי סעיפי 29א ו-29(ב)(1) לחוק ואין צורך להראות כי פגיעה זו התממשה בפועל.

למעלה מן הצורך, בנסיבות הענין ניתן להצביע על השפעתו בפועל של מבצע 200 דקות על התחרות. השפעה כאמור ניתן לאתר בניתוח נתוני גיוסי לקוחות של המתחרות בתחום הטלפוניה הנייחת. בדיקת תוצאות מבצע 200 דקות מגלה כי למבצע הצטרפו מספר משמעותי של לקוחות, שעמד על עשרות אלפי לקוחות. זהו מספר העולה בהרבה על ציפיותיה והערכותיה של בזק בטרם יציאה למבצע, כפי שמצאו ביטוי בפניותיה למשרד התקשורת לשם קבלת אישורו למבצע. בה בעת, נרשמה בתקופה הרלוונטית פגיעה בגיוסי הלקוחות של החברות המתחרות. מכאן שהמבצע שערכה בזק לא רק שעשוי היה, מעצם טיבו, להפחית את התחרות בין בזק לבין מתחרותיה, אלא שישנן אינדיקציות המצביעות על כך שחשש פוטנציאלי זה אף יצא מן הכוח אל הפועל ופגע בתחרות פגיעה של ממש.

ה. התייחסות לטענות שהעלתה בזק בהליך השימוע

קודם למתן החלטה זו ניתנה לבזק הזדמנות להשמיע טענותיה בפניי. במסגרת זו, הגישה בזק מסמך עמדה רחב ומפורט וכן התקיימו שתי ישיבות בהן ניתנה לנציגיה האפשרות לטעון טענותיהם בעל-פה, שבסופן אף הגישה בזק התייחסות נוספת בכתב. לאחר שבחנתי ושקלתי את הטענות שהעלתה בזק מצאתי כי יש לדחותן. להלן אתייחס בתמצית לטענותיה העיקריות של בזק, ככל שלא ניתנה להן התייחסות באמור לעיל.

ה.1. טענות בנוגע לאופן חישוב מחירי השירותים העומדים להשוואה

עיקר טענותיה של בזק בקשר עם ההחלטה המסתמנת נגע לפגמים שנפלו לשיטתה בחישוב מחירי השירותים על בסיס הגעתי למסקנה כי היה בפעולותיה משום ניצול לרעה של מעמדה כבעלת מונופולין. לגישת בזק, חישוב מתמטי שונה מוביל למסקנה כי המחיר ששולם על ידי לקוח במסגרת מבצע 200 דקות לא היה נמוך ממחיר שירות תשתית האינטרנט במתכונת ADSL Only ועל כן, לא התקיימה הצרת מרווחים בנסיבות העניין וממילא לא התרחשה כל פגיעה תחרותית כתוצאה מהתנהלותה.

במסגרת זו, בזק טוענת כי יש לבחון את המחיר שישלם לקוח במבצע 200 דקות כממוצע התשלומים המשולמים על ידו לבזק לאורך כל התקופה בה היה מנוי בזק, לרבות התקופה שלאחר תום ששת החודשים הראשונים במבצע. בהקשר זה, טוענת בזק כי על התחשיב להתבסס על מספר החודשים הממוצע במהלכם נותר הלקוח מנוי על שירותי הטלפוניה של בזק או לכל הפחות, יש לבצע את החישוב בהנחה כי המנוי נותר לקוח בזק למשך תקופה בת 12 חודשים, כאשר רק בששת החודשים הראשונים משלם הלקוח 19.90 ש"ח ואילו בששת החודשים הנותרים

הוא משלם 59.90 ש"ח. עוד טוענת בזק, כי יש מקום להביא בחשבון גם את התשלומים שמשלמים לקוחות המבצע בגין דקות השיחה החייבות בתשלום (שיחות ליעדים ניידים ושיחות ליעדים ניידים החורגות מ-200 הדקות הכלולות במבצע) ולא להתחשב בתשלום הקבוע בלבד. כמו כן, בזק טוענת כי בבחינת קיומה של הצרת מרווחים יש לבחון את ממוצע התשלומים המתקבלים מכלל לקוחותיה ולא רק את ממוצע התשלומים המתקבלים מלקוחות מבצע 200 דקות, דהיינו בחינת ממוצע ההכנסות ללקוח.

לטענת בזק, היה ביכולתן של מתחרותיה להציע לחלק מלקוחותיה הצעות המתחרות במחיר ששילם לקוח במבצע 200 דקות, המחושב באופן המוצע על ידה. עם זאת יוער, כי במהלך השימוע לא הציגה בזק נתונים או תחשיבים המלמדים על יכולתם של מתחריה להציע הצעות מתחרות, כנטען על ידה, הפונות לכמות בלתי מבוטלת של לקוחות פוטנציאליים מבין לקוחותיה של בזק.

אין בידי לקבל את טענותיה של בזק וביחס לחלקן אף מצאתי כי גם אם היו מתקבלות, ממילא לא היה בהן כדי לשנות ממסקנתי הסופית.

השאלה הרלוונטית לשם בחינת קיומה של מדיניות תמחור המהווה ניצול מעמד לרעה בנסיבות כגון אלו שבפניי היא האם נפגעה יכולתן של מתחרותיה של בזק להעמיד הצעות מתחרות בפני לקוחות פוטנציאליים. בזק טוענת כי מתחרותיה יכלו להציע ללקוחות הצעה משתלמת יותר על יסוד תחשיבים המבוססים על התקופה הממוצעת במהלכה נותר לקוח מנוי החברה או לכל הפחות על תקופה של 12 חודשים. טענה זו יש לדחות ולו מן הטעם שההצטרפות למבצע 200 דקות לא הותנתה בהתחייבות לתקופה או להיקף שימוש מסויימים. בידי הלקוח נתונה היתה האפשרות להצטרף למבצע 200 דקות למשך תקופה בת שישה חודשים - הצעה אותה לא יכולות היו מתחרותיה של בזק להשוות, אף לשיטתה - ולסיים את התקשרותו עם בזק מיד עם תום המבצע מבלי לשאת בכל עלות נוספת בשל כך. מכאן שבמהלך ששת חודשי מבצע 200 דקות, לא היה ביכולתן של מתחרותיה של בזק להציע ללקוחות הצעה שוות ערך מבלי לשאת בהפסדים בגין כך.

על מחיר התשומה הנקבע על ידי פירמה דומיננטית המספקת תשומה הדרושה לצורך מתן שירות מתחרה ללקוח הסופי, להיות כזה המעמיד את מתחריה בנקודת מוצא שווה ביחס למתן השירות ללקוח הסופי ואשר מאפשר להם להציע הצעה בת-תחרות. מחיר תשומה המצר את צעדיו של המתחרה, שולל את יכולתו להשוות את תנאי המכירה של הפירמה הדומיננטית וחוסם בפניו פלח בלתי זניח של לקוחות, אינו עונה על דרישה זו.

כך פסק בית הדין של האיחוד האירופי בפרשת Deutsche Telekom:

"Equality of opportunity as between the incumbent operator and owner of the fixed network, such as the applicant, on the one hand, and its competitors, on the other, therefore means that **prices for access services must be set at a level which places competitors on an equal footing with the incumbent operator as regards the provision of call services.** Equality

of opportunity is secured only if the incumbent operator sets its retail prices [for end-user access services] at a level which enables competitors – presumed to be just as efficient as the incumbent operator – to reflect all the wholesale costs [in respect of local loop access services] in their retail prices.⁴⁰ (ההדגשות הוספו-הח"מ)

יתרה מזו, בחינת המחיר שגבתה בזק מלקוחותיה במהלך ששת חודשי מבצע 200 דקות ולא במשך פרק זמן ארוך יותר או בהתייחס למחיר אותו שילמו לקוחות בעלי מאפיינים ייחודיים, כדוגמת צרכנים "כבדים" של דקות שיחה, נובעת ממאפייני השוק והמבצע הנדונים. מבצע 200 דקות (ומבצעים אחרים מסוגו שלא נדונו בקביעה זו) שימש את בזק כאמצעי למניעת מעבר לקוחות אל מתחרותיה, ובפרט מעבר של לקוחות שמאפייני השימוש שלהם תואמים לאלה שהוצעו במבצע. על כן, בחינה נכונה של ההשלכות התחרותיות הנובעות מהתנהלותה של בזק תעשה על יסוד תקופת המבצע ולא על סמך תקופות ארוכות יותר. גישה זו אף עולה בקנה אחד עם המקובל בדין האירופי שמבכר עריכת בדיקת מרווחים - במקרים בהם קיים צורך בבדיקה זו (בשונה מענייננו, בו הצרת המרווחים נובעת מפער מחירים שלילי) - על פני פרק זמן נתון ומוגבל ונוקט בבדיקה המבוססת על תקופת ההתקשרות של הלקוח כבדיקה משלימה בלבד.⁴¹

באשר לטענה כי בבחינת המחיר שקבעה בזק במבצע 200 דקות יש להביא בחשבון גם את ההכנסות של בזק בגין דקות שיחה החורגות מ-200 הדקות הכלולות במבצע או ממקורות אחרים – כפי שהוסבר לעיל, מבדיקת דפוסי השימוש (היקף צריכת דקות שיחה ליעדים נייחים וניידים) של לקוחות בזק עולה כי קבוצה משמעותית מתוך לקוחות שירותי הטלפוניה והאינטרנט של בזק היו כאלה שמתחרותיה של בזק לא יכלו להעמיד בפניהם הצעה מתחרה לזו של בזק, מבלי לשאת בהפסד בגין כך. מכאן שגם אם תתקבל טענתה של בזק, הרי שעדיין קבוצת הלקוחות שביחס אליהם נפגעה יכולתן של מתחרותיה להציע הצעה מתחרה היא קבוצה משמעותית.

טענה אחרת שהועלתה על ידי בזק נוגעת לפעילותה של הוט בתחום תשתית האינטרנט. לגישתה של בזק, הוט מספקת שירות תשתית אינטרנט תחליפי לשירות תשתית האינטרנט של בזק ולכן, השירות הניתן על ידי בזק אינו מהווה תשומה הכרחית, אשר לשיטתה הינה תנאי לקיומה של

⁴⁰ פסק הדין בערר בעניין דויטשה טלקום, לעיל ה"ש 33, פס' 199.

⁴¹ כך, בעניין טלפוניה (Case COMP/38.784, Wanadoo Espana v. Telefonica, Commission decision of 4 July 2007 (להלן: "החלטת הנציבות בעניין טלפוניה")), בחנה הנציבות את השימוש בשיטת ה- DCF (Discounted Cash Flow) כאבן בוחן לקיומו של הצרת מרווחים וזאת בנוסף לבחינה לאורך פרקי זמן קצובים (period-by-period). על פי שיטת ה- DCF, נערכת בחינה של פרויקט על בסיס תזרים המזומנים שהוא צפוי לייצר לאורך השנים וכך יתכן שפרויקט אשר נראה ככזה שאינו מאפשר מרווח הולם בראשיתו הינו משתלם בהתבוננות לטווח ארוך יותר. הנציבות אינה קובעת באופן קשיח מהי הדרך העדיפה לבדיקה אף שהיא ציינה כי:

"The practice of the European Court of Justice and of the European Commission in cases involving price abuses (in particular predatory pricing, margin squeeze) has always been to assess the profitability of the dominant undertaking using the "period-by-period" approach." (החלטת הנציבות בעניין (טלפוניה, פס' 330 וההפניות המופיעות שם)

נוסף על כך, לגישת הנציבות האירופית, שיטת ה- DCF, לוקה במספר חסרונות ובנוסף –

"Applying the DCF method in a margin squeeze test presupposes that it is reasonable or appropriate to expect that in a competitive market the profitability of current prices should depend on future cost reductions." (החלטת הנציבות בעניין טלפוניה, פס' 333-335 ו-343)

הצרת מרווחים אסורה. אולם, משעה שבזק הינה בעלת מונופולין בתחום תשתית האינטרנט, ומעמד זה אינו שנוי במחלוקת, הרי שיש לנתח את התנהגותה בשים לב לכך. קיומם של תחליפים לשירותיה של בזק עשוי להשפיע על עוצמת הפגיעה הנגרמת בפועל כתוצאה מפעולות בזק אך אין בו כדי להפוך פעולות אלו כשלעצמן לגיטימיות.⁴²

מבלי לגרוע מן האמור יצויין כי על פי טענה זו של בזק, על מנת לעבור לצריכת שירותי טלפוניה בשיטת VoB היה על לקוח בזק להחליף את ספק שירות תשתית האינטרנט. עובדה זו כשלעצמה עשויה להקים חסם מעבר בפני לקוחות הטלפוניה הנייחת אשר טמונה בו פגיעה בתחרות. יתרה מכך, מבחינת נתוני גיוס הלקוחות בפועל, הן של בזק והן של מתחרותיה, לא עולה כי עובדת קיומה של הוט היוותה רסן מספק שהפיג את החששות הנובעים מהתנהגותה של בזק.

טענה נוספת שהעלתה בזק נוגעת לכך שאף אם ימצא מרווח מחירים שלילי בענייננו, הדבר לא מביא בהכרח למסקנה כי התרחשה הצרת מרווחים אסורה. בטענה זו נסמכת בזק על החלטת רשות התקשורת של בריטניה (OFCOM) משנת 2013 בעניינה של חברת British Telecom, שם נאמר, בין היתר, כי מרווח שלילי אינו מהווה סוף פסוק בבדיקת קיומה של הצרת מרווחים. זאת, בניגוד כביכול להחלטות הנציבות ובתי המשפט של האיחוד האירופי שהוזכרו לעיל.

לא מצאתי כי ניתן ללמוד ממקרה זה לענייננו. זאת, בין היתר, מכיוון שהקביעה הנזכרת מתייחסת לנסיבות ייחודיות למקרה שנדון שם, שעניינו בשוק מרובה חוזים סיטונאיים גדולים בעלי מאפיינים שונים, כאשר השפעתו של חוזה ספציפי על התחשיב שהוביל למרווח השלילי היתה מכרעת. לעניין זה מצאה לנכון OFCOM לציין במפורש כי:

"The failure of the potential anti-competitive effects to materialise in this case reflects the specific circumstances of the case."⁴³

ה.2. טענות בענין אישור הרגולטור הענפי

בעריכת מבצע 200 דקות היתה בזק כפופה לרגולציה מצד משרד התקשורת, בהתאם לנהלי עבודה שנקבעו בשנת 2003.⁴⁴ על פי נהלים אלו, בטרם עריכת מבצע, היה על בזק להגיש לאישור משרד התקשורת את פרטי המבצע אותו היתה מעוניינת להציע לציבור.

ואכן, ממסמכים שהציגה בזק עולה כי קודם לעריכת מבצע 200 דקות, פנתה בזק אל משרד התקשורת ולאחר דין ודברים בין הצדדים אישר המשרד את הבקשה לעריכת המבצע. לטענת בזק, נוכח האישור שניתן למבצע 200 דקות על ידי משרד התקשורת, הרגולטור הענפי המופקד על תחום התקשורת, קביעה לפיה היה בהתנהלותה משום ניצול מעמד לרעה על פי חוק ההגבלים העסקיים מנוגדת לעקרון ההגינות ופוגעת באינטרס ההסתמכות של בזק על החלטת הגורם המינהלי המוסמך.

⁴² פרשת טליה סונרה, לעיל ה"ש 23, פס' 80-81.

⁴³ פרשת BT, לעיל ה"ש 30, פס' 7.12.

⁴⁴ הועדה להסדרת תעריפי חברת בזק **דין וחשבון** (2003) – עמ' 90.

http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/5/555.pdf

טענה זו יש לדחות. אין באישור שהעניק משרד התקשורת לעריכת מבצע 200 דקות משום מתן הכשר לפרקטיקה המהווה ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי בניגוד להוראות חוק ההגבלים העסקיים. אישור משרד התקשורת אינו מעורר התנגשות בין מערכות הדינים השונות - דיני התקשורת ודיני ההגבלים העסקיים - והוא אינו מקים השתק כלפי הממונה על הגבלים עסקיים, כפי שטענה בפני בוק.

דיני התקשורת מחייבים את בוק לקבל את אישור משרד התקשורת בטרם עריכת מבצע, ועם קבלתו של האישור יוצאת בוק ידי חובתה כלפי המשרד. אך אין בכך כדי ליצור לבזק חסינות מפני הפרה אפשרית של חוק ההגבלים העסקיים.

מן הפן העקרוני, תחולת דיני התקשורת אינה שוללת תחולה מקבילה של דיני ההגבלים העסקיים. טענה ממין זו הועלתה בעבר על ידי בוק ונדחתה במפורש על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, שקבע כך:

"... הטעם הראשון [לדחיית טענה זו-הח"מ] הוא כי המבחן לשלילת תחולתו של דין אחד על נושא המוסדר גם על פי דין אחר הוא, לדעתנו, מבחן ההתנגשות בין הדינים, ולא מבחן החלופיות שביניהם. הטעם השני הוא כי מהבחינה עניינית אין בדיני הבזק, למרות שאלה עוסקים גם בנושא התחרות, כדי לשמש חלופה מלאה לדיני ההגבלים העסקיים, בתחום התחרות."⁴⁵

העובדה כי בוק נדרשה לאישור משרד התקשורת לשם קיום מבצע 200 דקות אינה מייצרת כשלעצמה התנגשות בין שתי מערכות הדינים. משרד התקשורת אינו מחייב את בוק בעריכת המבצע או בגביית תשלום ADSL Only ואישורו לעריכת המבצע אינו מהווה היתר לפעולה המנוגדת לדינים אחרים החלים על בוק, ובהם דיני המונופולין.

בענין זה נוקט הדין האירופי בגישה דומה. כך למשל, בית הדין לערעורים של האיחוד האירופי דחה את טענתה של חברת Deutsche Telekom (המקבילה הגרמנית של חברת בזק), לפיה תעריפים שאושרו על ידי רגולטור התקשורת הגרמני אינם יכולים לשמש כבסיס לקביעה כי היה בפעולותיה משום הצרת מרווחים אסורה. בית הדין קבע כך:

"... only if anti-competitive conduct is **required** of undertakings by national legislation, or if the latter creates a legal framework which itself eliminates any possibility of

⁴⁵ ערר בזק על הכרזת המונופולין, לעיל ה"ש 4, פסי' 12 ופסי' 13-17; וכן ראו – ה"ע (הגבלים עסקיים) 491/98 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים פסי' 85-90 (פורסם בנבו, 22.3.1999).

competitive activity on their part, that Articles 81 EC and 82 EC do not apply."46 (ההדגשה הוספה – הח"מ)

לבסוף, יוזכר כי קביעה זו אינה נסמכת על המחיר שקבעה בזק במבצע 200 דקות לבדו אלא על פער המחירים שבינו לבין תשלום ה-ADSL Only. אף משרד התקשורת עצמו סבר, זמן קצר לאחר סיום מבצע 200 דקות, כי הרכיב האחרון מעורר קשיים תחרותיים וצרכניים.⁴⁷

1. סיכום

על בסיס כל האמור לעיל, אני קובע בהתאם לסמכותי לפי סעיף 43(א)(5) לחוק כי בזק ניצלה לרעה את מעמדה המונופוליסטי. קביעה זו תהא ראיה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי בהתאם לסעיף 43(ה) לחוק.

בזק רשאית לערור על החלטה זו, או על חלקה, בפני בית הדין להגבלים עסקיים, בתוך שלושים ימים מיום שהומצאה לה הודעה על קביעה זו.


ד"ר אסף אילת

מ"מ הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"ג חשוון תשע"ה

16 נובמבר 2014

⁴⁶ פסק הדין בערעור בעניין דויטשה טלקום, לעיל ה"ש 24, פס' 80.

⁴⁷ משרד התקשורת "אספקת שירות גישה רחבת פס לספק גישה לאינטרנט ללא זיקה לשירות טלפון בסיסי" פס' 13
http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/3/2763.pdf (6.3.2012)