

**בית הדין להגבלים עסקיים
בבית המשפט המחוזי בירושלים**

ערר 7/95

לפני:

כבוד השופט יהונתן עדיאל- משנה לאב"ד
פרופ' אברהם פרידמן- חבר
עו"ד שלום פוריס - חבר

בעניין:

"בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד ש. הורוביץ ושות'

העוררת

נגד

הממונה על ההגבלים העסקיים
ע"י ב"כ עוה"ד אשר גושן

המשיב

פסק – דין

הערר

1. הליך זה עניינו בערר שהגישה "בזק" כנגד החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים, אשר הכריז עליה, מכוח סמכותו לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן - "החוק"), כבעלת מונופולין בארבעה תחומים: "שירות טלפון בסיסי, מתן שירותי תשתית התקשורת, מתן שירות טלפון בינלאומי דו כיווני בלתי מסווג לרבות מתן שירות טלפון בינלאומי לשיחות נכנסות, ושירותי העברה ותמסורת של שידורים לציבור".

2. לערר של בזק פנים רבות, אך בעיקרו הוא נסב על נימוק מרכזי אחד: פעילותה של בזק מוסדרת מכוח דיני הבזק (שיפורטו בהמשך). הסדר סטטוטורי זה, שהוא הסדר חיצוני לחוק ההגבלים העסקיים, הינו הסדר מלא ומקיף השולל את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים, ועל כל פנים הוא מייתר את הכפפתה של העוררת, בנוסף על דיני הבזק, גם למשטרם של דינים אלה.

קיומה של הסמכות ושיקול הדעת המסור לממונה בהפעלתה

3. על רקע הנימוק דלעיל, טוענת העוררת לשלילת תקפותה של ההכרזה, הן במישור הסמכות והן במישור הסבירות.

במישור הסמכות (הפונקציונלית), טוענת העוררת כי "מעצם מהותו וטיבו של חוק ההגבלים עולה כי פרק המונופולין שבו אינו חל על מונופולין סטטוטוריים". בזק הינה על פי הטענה, מונופולין סטטוטורי. לכן, דיני ההגבלים העסקיים אינם חלים עליה. לפיכך, נעשתה ההכרזה, לטענתה, בחריגה מסמכות.

במישור הסבירות הטענה היא כי שיקול דעתו של הממונה, בהכריזו על המונופול שבידי העוררת, היה מוטעה, הואיל ואין בהכרזה כדי לקדם את הגשמת מטרותיו של המחוקק, ואין בה צורך, לאור ההסדרים הסטטוטוריים הקבועים לגבי העוררת בדיני הבזק.

4. סעיף 26(א) לחוק מגדיר מונופולין כ:

"...ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידיו של אדם אחד (להלן - בעל המונופולין)".

על פי אותו סעיף, מוסמך הממונה להכריז על קיומו של מונופולין:

"על קיומו של מונופולין כאמור יכריז הממונה בהודעה ברשומות; על הכרזה כאמור יחולו הוראות סעיף 43(ב) עד (ה), כאילו הייתה קביעה לפי סעיף 43(א)".

לכאורה, די שיתקיימו באדם הדרישות הנקובות בחוק, היינו, כי נוצר בידיו "ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת הנכסים או השירותים, או מכלל רכישתם...", כדי להכריז עליו כעל בעל מונופולין.

אולם, העוררת סבורה כי ההכרזה איננה אקט טכני גרידא, וביצועה איננו מותנה בקיום הדרישות הכמותיות הקבועות בחוק בלבד. קיומן של דרישות אלה הינו לטענתה, תנאי הכרחי להפעלת הסמכות, אך גם אם התקיימו דרישות אלה, אין בכך כדי לחייב את הממונה להכריז על קיומו של מונופולין, ועדיין מסור לו שיקול הדעת שלא לעשות שימוש בסמכות זו.

בשלב זה תידון טענת העוררת על יסוד ההנחה כי מתקיימות במקרה זה הדרישות ה"טכניות" שבחוק, היינו, כי העוררת אכן מחזיקה בנתח השוק הנדרש, על פי החוק, לצורך ההכרזה. בהמשך הדיון נתייחס לטענותיה של העוררת גם במישור זה.

5. ככלל, מקובל עלינו, כי מעשה ההכרזה איננו אקט טכני גרידא, וכי מסור לממונה שיקול דעת - הגם, כפי שיפורט בהמשך, מצומצם - האם להכריז על קיומו של מונופולין, גם כאשר מתקיימות דרישות החוק המאפשרות הכרזה כזו. לשון החוק אמנם מנוסחת בעניין זה כלשון ציווי: "על קיומו של מונופולין כאמור יכריז הממונה". ואולם, מקובלת עלינו טענת ב"כ העוררת, כי אין בלשון זו כדי ללמד על כך שהמחוקק שלל בעניין זה כל שיקול דעת מהממונה. (ראה: ע"א 862/80 **עיריית חדרה נגד זוהר ואח'** פ"ד לו (3) 757, 759. וכן: פרופ' ברכה, **משפט מנהלי**, שוקן (1986) בעמ' 146).

השאלה העולה בהקשר זה היא, מתי יעשה הממונה שימוש בשיקול דעת זה. היינו, מתי יכריז הממונה על קיומו של מונופולין, משנוכח כי מתקיימות דרישות החוק, ומתי יימנע מלעשות כן, למרות שמתקיימות הדרישות האמורות.

התשובה לשאלה זו תמצא בתכלית החקיקה. משמע, ההכרזה על קיומו של מונופולין תעשה לצורך הגשמת מטרותיו של חוק ההגבלים העסקיים. ההכרזה לא תבוצע אם אין בה כדי לקדם מטרות אלה.

פועלה של ההכרזה - דקלרטיבי

6. בהקשר זה עולה בפתח הדברים שאלת משמעותה של ההכרזה. העוררת טוענת, כי "הכפפתה (של בזק) למערכת נורמות נוספת (על דיני הבזק) תוביל למבוכה ולחוסר וודאות". טיעון זה מעלה את השאלה, האם הכרזת הממונה היא המכפיפה את בזק לדיני הגבלים העסקיים. לשון אחר, האם ההכרזה הינה מעשה קונסטיטוטיובי או מעשה דקלרטיבי. התשובה לשאלה זו, יש בה כדי לסייע בהבנת התכלית הסטטוטורית שביסוד ההכרזה, כמו גם התוצאות הנובעות מביצועה.

לדעתנו, פועלה של ההכרזה הינו דקלרטיבי. משמע, ההכרזה איננה מהווה תנאי לקיומו של המונופולין, ומשהתקיימו באדם דרישות החוק, היינו, כאשר הוא מרכז בידיו יותר ממחצית השוק הרלוונטי, חלות עליו הוראות פרק המונופולין שבחוק, גם בהעדר הכרזה של הממונה על אותו מונופולין.

(ראה מסקנה דומה בתיק ה.פ. 109/90 (ת"א) **הוצאת עיתון הארץ נגד שירותי פרסומת בשידור** (לא פורסם) מפי כב' השופט גורן, ו- ת.א. (י-ם) 808/93 **שירותי תעופה בע"מ נגד Tower Air Inc.** (לא פורסם) מפי כב' השופט ברנר).

מסקנה זו עולה מלשונו של החוק, הן בהקשרה של הגדרת המונופולין, אשר אינה כוללת כרכיב מרכיביה את ההכרזה עצמה, והן בהקשר לפועלה של ההכרזה, שהוא, כלשונו של המחוקק, להכריז על קיומו של המונופולין, אך לא להקימו.

ייחוס משמעות קונסטיטטיבית להכרזה, לבד מכך שאיננו תואם את הוראתו של סעיף 26(א) לחוק, מעורר קושי גם במובן זה שיש בו משום התנאה של מימוש הסעדים הפרטיים שהוקנו בחוק כנגד בעל מונופולין, בהכרזה על קיומו על ידי הממונה. תוצאה כזו עומדת בניגוד למטרתו של המחוקק לעודד את כלי האכיפה הפרטיים שנקבעו בחוק (בסעיפים 29, 29א, 46א, ו-50 לחוק). אכיפה פרטית זו, איננה אמורה להיות מותנית - באכיפה הציבורית, הגם שהיא יכולה כמובן להיעזר בה, למשל, בדרך השימוש הראייתי בהכרזה. תוצאה כזו, התולה את זכות האכיפה הפרטית בהכרזה, גם איננה עולה בקנה אחד עם העדר זכות ערעור על סירוב הממונה להכריז על מונופולין.

השיקול העיקרי התומך בגישה הקונסטיטטיבית הוא השיקול שהמבחנים להגדרת מונופולין אינם תמיד ברורים וחד משמעיים. לפיכך, עלתה הטענה כי ראוי שהכפפתו של אדם למערכת נורמות הפוגעת באופן משמעותי בחופש העיסוק שלו, ואף מעמידה אותו בסיכון של הפרת נורמות פליליות, תעשה רק לאחר שהוזהר על כך מראש, היינו, במקרה שלפנינו, לאחר שהוכרז על קיומו של המונופולין שבידו, ולאחר שהתאפשר לו לתקוף הכרזה זו בנתיב שהתווה המחוקק.

שיקול זה נתמך, כפי שמציין עו"ד יגור בספרו **"דיני הגבלים עסקיים"** (חושן למשפט, תשנ"ז - 1997) בדברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, (תשמ"ד-1983) שם נאמר:

"מוצע שהחוק יחול על מונופולין רק לאחר שהממונה קבע זאת והודיע על כך לבעל המונופולין. זאת משום שהמבחנים לקיום מונופולין אינם בכל מקרה חד-משמעיים וגלויים לעין".

ואכן, על פי סעיף 27(א) להצעת חוק ההגבלים העסקיים, (תשמ"ד - 1983) נקבע:

"לעניין חוק זה יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת טובין או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידיו של אדם אחד... אם הממונה קבע זאת לפי סעיף 43(א)(4)". (ההדגשה אינה במקור).

על פי הצעת החוק שמשה, אפוא, ההכרזה כיסוד בהגדרת המונופולין, ועל פיה לא קם מונופולין, אלא משהוכרז ככזה על ידי הממונה.

אולם, כפי שמציין השופט גורן, בהחלטתו בתיק ה.פ. 109/90 הנ"ל, ההגדרה כפי שהופיעה בהצעת החוק, שונתה בחוק, ועל פי לשונו של החוק כפי שהתקבל, ההכרזה איננה מהווה עוד תנאי לקיומו של מונופולין. למסקנה דומה הגיע גם כב' השופט ברנר בת.א. (י-ם) 808/93 הנ"ל.

מסקנה זו, התומכת בפרשנות הדקלרטיבית של ההכרזה, מקובלת גם עלינו.

שיקול זה של החשש מפני אי בהירותה של הנורמה ה"מונופוליסטית", במיוחד ככל שהדבר נוגע למישור הפלילי, נזכר גם על ידי הממונה בהחלטתו בעניין אי ההכרזה על הבורסה לניירות ערך בתל אביב כמונופולין (ראה: **"ההגבלים העסקיים"**, כרך ב', הוצאת ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, עמ' 139) (להלן - "החלטת הבורסה"). כלשונו של הממונה:

"אפשר לראות בחיוב זה, שהפרתו מגיעה כדי עבירה פלילית ועוולה אזרחית, סימן לכך שהכרזת הממונה קונסטיטוטית היא, שאחרת ייטען הכיצד יוכפף אדם לאיסורים אשר אלה מבלי שייודע לו מראש מעמדו, ותיסלל בפניו הדרך להשיג על כך" (שם, בעמ' 154).

אולם, הממונה עצמו מציין באותה החלטה כי אין בשיקול זה כדי "להוות תשובה מכרעת לשאלת טיב מעמדו של בעל המונופולין, ככלות הכול, שיקולים ומבחנים דומים משחקים תפקיד בנוגע לקביעת קיומו של ההסדר הכובל האמור בסעיף 2(א) לחוק....".

אכן, האנלוגיה להכרזה על הסדר כובל מתבקשת במקרה זה מאליה, במיוחד לאור כך שהמחוקק החיל על הכרזת המונופולין את אותה נורמה ראייתית שהוחלה על הסדר כובל מכוח סעיף 43 לחוק. פועלה של הכרזה על הסדר כובל הינו, כידוע, דקלרטיבי גרידא. [ראה: רע"א 5622/90 **רפאלי נגד קמפ ישראל בע"מ** פ"ד מה (2) 102 וכן ע"א 3603/95 **הממונה על הגבלים עסקיים נגד דלק - חברת הדלק הישראלית בע"מ** (טרם פורסם)]. הדעת נותנת כי פועלה של ההכרזה בדבר קיומו של מונופולין יהא דומה, היינו, דקלרטיבי אף הוא.

המסקנה העולה מהאמור הינה כי פועלה של ההכרזה הוא דקלרטיבי, וכי קיומו של המונופולין נגזר מקיומם של תנאי החוק, ואיננו מותנה בהכרזה.

מטרת ההכרזה

7. המסקנה דלעיל, אין משמעה כי ההכרזה נעדרת כל נפקות.

ההליך המשפטי העיקרי בו עשוי להיות להכרזה נפקות הוא ההליך המתקיים בפני בית הדין להגבלים עסקיים מכוח סעיף 30 לחוק. בהליך זה רשאי הממונה (או ארגון צרכנים) לבקש מבית הדין ליצן לבעל מונופולין הוראות בדבר צעדים שעליו לנקוט כדי למנוע פגיעה בציבור, הנובעת מקיומו של המונופולין, באחד התחומים המפורטים באותו סעיף.

הליכים נוספים בהם ניתן לנקוט מכוח החוק, הנם ההליך של הפרדת המונופולין, מכוח סעיף 31 לחוק, והטלת מגבלות על בעל מונופולין, מכוח סעיף 27 לחוק.

בנוסף על אלה, מקנה החוק, כאמור, תרופות פרטיות, המושתתות על כללי ההתנהגות שנקבעו בחוק לגבי מונופולין, היינו: איסור על בעל מונופולין לסרב סירוב בלתי סביר לספק את הנכס או השירות שבמונופולין (סעיף 29 לחוק), איסור על ניצול לרעה של מעמדו של בעל המונופולין בשוק באופן העלול להפחית את התחרות (סעיף 29א לחוק), בשילוב עם סעיף 50 לחוק, הקובע כי "דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות החוק, כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין", וסעיף 46 לחוק המקנה עילה לתביעה ייצוגית מכוח החוק.

נפקותה של ההכרזה לגבי כל הסעדים הקבועים בחוק בנושא המונופולין היא בהיותה ראייה לכאורה לקיומו של המונופולין (סעיפים 26א ו-43 (ה) לחוק), וככזו היא בבחינת צעד מקדים המכשיר את הקרקע להפעלתם של הכלים הסטטוטוריים שנקבעו בחוק כדי לקיים פקוח על המונופולין ולהגביל את ההשלכות השליליות העלולות לנבוע מפעולתו על טובת הציבור.

אכיפה זו, שלהכנתה נועדה ההכרזה, יש להדגיש, כוללת לא רק את האכיפה הציבורית (מתן הוראות לבעל מונופולין), אלא גם את האכיפה הפרטית. בתחום זה אף נודעת להכרזה משנה חשיבות, שכן תובע פרטי יתקשה, מטבע הדברים, בהוכחת קיומו של מונופולין, עובדה שפעמים רבות אינה חד משמעית. קיומה של ראייה לכאורה זו, עשויה לסייע באופן ממשי ליישום האכיפה הפרטית, וראוי שהממונה יביא בחשבון גם פן זה שבתכלית החקיקה בבואו לשקול עשיית שימוש בסמכותו זו.

עם זאת, יש לציין כי על אף המשמעות הראייתית שיכולה להיות נודעת להכרזה, ההכרזה כשלעצמה איננה משנה את מעמדו של בעל המונופולין לרעה, ואין בה כדי להטיל על בעל המונופולין חובות כלשהן. חובות כאלה יוטלו רק אם יסתבר, בעקבות הליכים נוספים, כי המונופולין פוגע בטובת הציבור באחד המובנים הקבועים בחוק.

כך נקבע, הגם בהקשר להסדר כובל, בבג"צ 326/96 **כספי ואח' נגד הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'** (טרם פורסם):

"כבר נפסק שקביעת הממונה לפי סעיף 43 היא בעלת אופי הצהרתי. ... נפקותה המעשית מתבטאת בהיותה "ראיה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי". (סעיף 43(ה) לחוק ההגבלים), אך בה עצמה אין משום הרשעה או הטלת חבות".

8. מונופולין איננו אסור בחוק. עם זאת, קיומו של מונופולין, היינו, ריכוז השליטה בשוק בידי אדם אחד, עלול לפגוע בתחרות, וכפועל יוצא - לפגוע בטובת הציבור.

הרעות היכולות לצמוח מקיומו של מונופולין זכו להתייחסות נרחבת, הן בספרות המשפטית והכלכלית והן בפסיקה. סכנות אלה תוארו גם בפסק דינו של בית דין זה (תיק מונופול 1/93, **הממונה על ההגבלים העסקיים נגד חברת "דובק" בע"מ ואח'** (טרם פורסם) כדלקמן:

"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".

אפשרות זו, של פגיעה בתחרות ובטובת הציבור עקב קיומו של מונופולין, איננה מחויבת המציאות. הא-ראיה שסעיף 30 לחוק קובע כי מתן הוראות לבעל המונופולין מותנה בכך ש"בית הדין ראה ... כי כתוצאה מקיומו של מונופולין נפגע הציבור" באחד מהתחומים

הנזכרים בחוק. יתרה מזו, אפילו בשלב מתן ההוראות לבעל המונופולין, אין נדרשת הוכחה של פגיעה בפועל, אלא די בפגיעה בכוח (ראה בעניין דובק, בעמ' 206). מכאן שהפגיעה בציבור, כתוצאה מקיומו של המונופולין, הינה בגדר האפשר, אולי אף בגדר הצפוי, אך היא איננה מחויבת המציאות.

מכאן עולה, שההכרזה על קיומו של מונופולין איננה מותנית בהוכחה כיאותו מונופולין גורם בפועל, או אפילו בכוח, לנזק לציבור. שיקול זה, כפי שעולה מסעיף 30 (וגם מסעיפים אחרים) לחוק, יישקל על ידי בית הדין בשלב הבא - בעת שיתבקש לנקוט אמצעים נגד בעל המונופולין.

אולם, "הנחת העבודה" ונקודת המוצא של המחוקק הינה, כי עצם קיומו של מונופולין טומן בחובו פוטנציאל לגרימת נזקים לציבור, שכנגדו יש להקדים תרופה. לצורך כך הורה המחוקק על נקיטת צעדים מקדימים, המכשירים נקיטת פעולה נגד בעל המונופולין גם אם זה איננו גורם כרגע נזקים לציבור, או שטרם הוכחה פגיעתו בציבור.

9. מכאן עולה שתכלית החקיקה מצביעה על הצורך להכריז על קיומו של מונופולין כל אימת שמתקיימים התנאים היוצאים את אותו מצב המוגדר בחוק כמונופולין. שיקול הדעת המסור לממונה צריך, אפוא, שיופעל על יסוד הנחת המוצא, כי בהתקיים התנאים הקבועים בחוק, יש להכריז על קיומו של המונופולין.

יתירה מזו, בהתקיים התנאים האמורים, אין מוטלת על הממונה כל חובה או צורך, לגלות "צורך" נוסף לשם ביצוע ההכרזה. המחוקק הוא שראה צורך, בהתקיים אותם תנאים, להכריז על קיומו של מונופולין. צורך סטטוטורי זה, די בו כשלעצמו לביצוע ההכרזה.

לא זו בלבד שגילוי של צורך נוסף כזה איננו נדרש בשלב זה, על פי לשון החוק, אלא שמעשית, קשה מאוד לקבוע מראש כי מצב זה, שבו מרכז אדם אחד בידו שליטה על למעלה ממחצית השוק,

איננו טומן בחובו פוטנציאל לגרימת נזק לציבור, וכי אין עשויות להתקיים נסיבות בהן יפגע אותו מונופולין בתחרות ובטובת הציבור.

עיסוק "נבואי" כזה נראה גם כמיותר, שכן, מחד, אין בהכרזה, כפי שכבר הוסבר לעיל, כדי לפגוע בבעל מונופולין, ומאידך, שאלת השפעתו של המונופולין על התחרות תעלה ממילא לדיון בשלב שבו יתבקש בית הדין ליתן לגביו הוראות. לשונו של המחוקק עצמה מצביעה, כפי שצוינו לעיל, על כך שהשאלה האם פוגע המונופולין בציבור תקבע בשלב השני, של מתן ההוראות על ידי בית הדין (סעיף 30 לחוק). באותו השלב יהא על המבקש להוכיח את הפגיעה בתחרות, או החשש לפגיעה, המיוחסת לאותו מונופולין. דומה, כי רק באותו השלב, בו תיוחס למונופולין פגיעה קונקרטית בטובת הציבור, ניתן יהא לשקול את הטענה ואת הצעדים שיש לנקוט כנגד אותה פגיעה, אם בכלל. לאור כך, קשה לנו לראות את היתרון שבהקדמת המאוחר למוקדם, ואין לעודד, לדעתנו, את הניסיונות העקרים לעמוד מראש, כבר בשלב ההכרזה, על השלכותיו של מונופולין כזה או אחר על טובת הציבור, זאת, עוד בטרם עלה העניין לדיון קונקרטי בבית הדין או בבתי המשפט.

המסקנה הנגזרת מן האמור הינה, כי למרות שסמכותו של הממונה להכריז על קיומו של מונופולין איננה סמכות שבחובה, הרי ששיקול דעת המסור לו בעניין זה הינו, כלשונו של הממונה בהחלטת הבורסה, צר ומצומצם, וככלל, בהתקיים התנאים הקבועים בחוק עליו להכריז על קיומו של המונופולין.

כדי להסיר ספק, נציין כי הדברים דלעיל אמורים ככלל, ואיננו מוציאים מכלל אפשרות כי במקרה נתון תובאנה בפני הממונה נסיבות מיוחדות המצדיקות, על אף האמור, לבחון כבר בשלב זה את השאלה של החשש לפגיעה בתחרות ובטובת הציבור הכרוכים בקיומו של מונופולין מסוים.

עוד נציין, כי בכל מקרה, וגם אם יראה הממונה בנסיבות מיוחדות לבדוק כבר בשלב זה את החשש לפגיעה בתחרות ובטובת הציבור הנשקפת מקיומו של מונופולין פלוני, הרי במקום שבו התקיימו דרישות החוק לקיומו של מונופולין, השאלה העולה איננה מדוע יש להכריז על קיומו של אותו מונופולין, אלא מדוע יימנע הממונה מלהכריז על כך, למרות שמתקיימים בו תנאי החוק. דרך זו של הצגת הדברים הינה בעלת משמעות במיוחד לגבי נטל ההוכחה. נטל

זה חל, בכך מקרה, על מי שמבקש לתקוף את הכרזת הממונה, אך הוא כבד במיוחד במקום בו מתבקש ביטולה של ההכרזה למרות שמתקיימות הדרישות הסטטוטוריות לקיומו של מונופולין.

תחולת דיני הגבלים העסקיים על תחומים המוסדרים על ידי דינים אחרים

10. העוררת טוענת לחסינות מתחולתם של דיני הגבלים העסקיים, בין היתר, על יסוד כך שהיא לטענתה, תאגיד סטטוטורי.

טענה זו לוקה כבר בהנחת המוצא שלה, שכן העוררת הינה חברה ממשלתית שלא הוקמה בחוק והיא איננה מהווה תאגיד סטטוטורי.

טענה דומה נדונה ונדחתה ב- ה.פ. (ת"א) 189/90 **הוצאת עיתון הארץ בע"מ נגד שירותי פרסומת בשידור בע"מ** (לא פורסם), שם נקבע מפי כב' השופט גורן:

"אשר לטענה כי למשיבה יש זיכיון סטטוטורי ולכן לא חל עליה חוק ההגבלים העסקיים, יש לציין, כי המשיבה איננה תאגיד סטטוטורי אלא תאגיד מסחרי לכל דבר והיא בעלת הזיכיון לפרסם הודעות ברדיו. אין לקבל את טענת ב"כ המשיבה כי תאגיד ממין זה יוכל לפעול תוך הפטר מן החובות וההגבלות המוכתבות על ידי חוק ההגבלים העסקיים".

לאור כך, גם אין בדעתנו לדון בפסק דין זה בשאלת כפיפותו של תאגיד סטטוטורי לדיני ההגבלים העסקיים.

עם זאת, נכון הדבר כי פעולותיה של העוררת מוסדרות במידה רבה על פי דין, היינו, על פי דיני הבזק, לרבות הרשיון הכללי שניתן לה מכוח חוק הבזק.

מעבר לכך, המונופולין שהוקנה לעוררת, גם הוא נקבע בדין (ראה: סעיף 50 לחוק הבזק, התשמ"ב - 1982).

על רקע זה, יכולה לעלות הטענה שעלתה גם בה.פ. (ת"א) 189/90 הנ"ל, על - פיה " ... החוק אינו חל על מונופולין סטטוטורי ועל סמכות מונופוליסטית שהוענקה בחוק אחר, ובפרט אין הם חלים על רשויות סטטוטוריות המפעילות מונופולין לפי חוק המסמך אותן, שכן לא יתכן כי את שהתיר המחוקק ביד אחת שולל הוא בידו השניה". (סעיף 11 לפסה"ד).

הטענה, בלבושה זה, איננה מקובלת עלינו. עצם העובדה שהמחוקק הפקיד בידו של תאגיד מונופולין סטטוטורי בתחום נתון, אין משמעה שהמחוקק היה מוכן להשלים עם כך שאותו תאגיד ינצל מעמד מונופוליסטי זה לפגיעה בציבור. לשון אחר, הקניית מעמד מונופוליסטי בחוק איננה עומדת בסתירה למניעת ניצולו של מעמד זה לרעה. חשש כזה עשוי בהחלט להצדיק נקיטת צעדים להגנת התחרות, בכלל זה, הפעלת הכלים הסטטוטוריים הקיימים בחוק ההגבלים העסקיים, כל עוד אלה אינם עומדים בסתירה לחוק המקים את התאגיד ומקנה לו את מעמדו המונופוליסטי.

מבחינה זו, ככלל, החלת דיני ההגבלים העסקיים על תאגידים שמעמדם המונופוליסטי מעוגן בדין (ואיננו עוסקים כאן בתאגידים סטטוטוריים), לשם מניעת הניצול לרעה של מעמדם זה, איננו עומד בסתירה לדינים המיוחדים החלים על אותם תאגידים.

עו"ד יגור, בספרו הנ"ל, סבור אף הוא, בהתבסס על פסק הדין בת.א. (ת"א) 112/92 **עו"ד ברוך שוגול כנוס נכסים זמני נגד בזק** (תקדין - מחוזי כרך 92 (2) עמ' 1350) כי:

"מפסק הדין הנ"ל עולה ההלכה לפיה אסור לבעל מונופולין לעשות שימוש במונופול המסור לו, ואפילו נמסר לו המונופול בחוק לשם קידום מעמדו כנושה של החברה בכינוס.... עוד עולה מפסק הדין הנ"ל, כי העובדה שמונופולין מסוים הוענק בחוק איננה מחסנת את בעל המונופולין מפני תחולתו של סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים בפרט, או מפני תחולתן של הוראות פרק ד' לחוק ההגבלים העסקיים בכלל".

ככלל, כפי שצינו לעיל, הדברים האמורים מקובלים עלינו, הגם שעלינו להעיר כי בית המשפט באותו עניין לא דן בסוגיות אלה, ונראה כי בזק אף לא העלתה בפניו טענותיה לאי תחולתו של פרק המונופולין שבחוק עליה.

11. עם זאת, מקובל עלינו, כי במקרים של תאגידים שפעולתם מוסדרת על פי דין (ונחזור ונציין שוב, כי איננו עוסקים כאן בתאגידים סטטוטוריים), מתעוררת שאלת היחס שבין דיני ההגבלים העסקיים לבין דינים אחרים באותה רמה נורמטיבית, המסדירים את אותם תחומי הפעילות לגביהם מתבקשת החלתם של דיני ההגבלים העסקיים.

טול למשל את העוררת שפנינו. סעיף 50 לחוק הבזק, התשמ"ב - 1982, הפקיד בידה מונופולין כלל ארצי מלא "לביצוע פעולות בזק או למתן שירותי בזק כלל-ארציים ברשת כלל-ארצית של טלפונים". ברור שהפעלת דיני ההגבלים העסקיים במטרה לצמצם את המונופול הסטטוטורי שהוקנה לעוררת מכוח חוק הבזק, איננה עולה בקנה אחד עם דיני הבזק. במקרה זה, תמנע הפעלתם של דיני ההגבלים העסקיים, ככל שיש בכך כדי לסתור את חוק הבזק.

12. העוררת סבורה כי העובדה שפעילותה מוסדרת על ידי דין מיוחד, הוא חוק הבזק על חקיקת המשנה שנחקקה מכוחו, ולאור כך שדיני הבזק, לרבות הרשיון הכללי שהוצא לה מכוחם, עוסקים גם בנושא התחרות, יש בה כדי לקבוע לגביה פתרון סטטוטורי חלופי בתחום דיני ההגבלים העסקיים. פתרון חלופי זה שולל, או לפחות מיייתר, לטענתה, את החלתם של דיני ההגבלים העסקיים בתחום זה.

טיעון זה איננו מקובל עלינו משני טעמים: הטעם הראשון 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 העניינית אין בדיני הבזק, למרות שאלה עוסקים גם בנושא התחרות, כדי לשמש חלופה מלאה לדיני ההגבלים העסקיים, בתחום התחרות. לטעם האחרון נתייחס בהמשך.

13. אשר לטעם הראשון. כפי שצינו, המבחן החל בעניין זה הוא מבחן התנגשות. לשון אחר, הסדר סטטוטורי מיוחד ידחה את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים במקום שהוא מתנגש עם דינים אלה, וכאשר הוא איננו מתיישב עם הפעלתם. אולם, דיני ההגבלים העסקיים לא יידחו אך בשל כך שהדין המיוחד החל על התאגיד יכול שיביא לאותה תוצאה. מכאן, שגם אם נניח (הנחה, שכפי

שנראה בהמשך, אינה מקובלת עלינו), כי הדין המיוחד החל על התאגיד, במקרה זה - דיני הבזק, יכול שישדיר במלואה את פעילותה של בזק, גם במישור של דיני התחרות, גם אז, אין בכך כדי לשלול עקרונית את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים.

14. ההלכה לעניין זה היא כי אין חוק אחד שולל מכללא את תחולתו של חוק אחר, וכי על בית המשפט לשאוף לפרשנות המונעת התנגשות חזיתית בין חוקים שונים.

כך קובע כבוד הנשיא ברק בספרו **פרשנות במשפט**, כרך שני בעמ' 333 :

"ההנחה הינה כי תכליתם של החיקוקים השונים היא לגרום להרמוניה פנימית, ולמנוע מצב דברים בו יש התנגשות "חזיתית" אשר תחייב את ביטולו (המשתמע) של אחד מהם. אכן, נקודת המוצא הינה כי בהעדר הוראה מפורשת, שתי הוראות חוק המצויות ברמה נורמטיבית זהה אינן סותרות זו את זו, לא משלימות זו את זו".

כך נקבע גם בבג"צ 171/69 **פילצור נגד שר האוצר**, פד"י כד (1), 113 :

"אין אוהדים לביטול חוק מכללא. כדי להניח ביטול כזה צריך להביא נימוקים חזקים. יש חזקה הגיונית שהמחוקק לא התכוון להקים שני חוקים סותרים זה את זה, ומצד שני, שלא נתכוון להגשים דבר חשוב כל כך כמו ביטול חוק מבלי הוראה מפורשת. אין, אפוא, לקבל פירוש של ביטול מכללא אלא אם אין להימנע ממנו." (בג"צ 5/84 יובל לוי, ושניים אחרים נגד הממונה בפועל על האזור העירוני ת"א, פד"י, כרך א' עמודים 58, 74)".

15. גם הפסיקה האמריקאית, שלה הקדישו הצדדים מקום נרחב בסיכומיהם, תומכת במבחן ההתנגשות הנזכר לעיל.

ההלכות האמריקאיות בנושא זה נקבעו, בעיקרן, באחת הפרשות היותר מרכזיות בדיני ההגבלים העסקיים בארה"ב. כוונתנו לפרשת פירוקו של ענק התקשורת American Telephone & Telegraph (AT&T). קבוצת ענק זו נהנתה משך שנים רבות ממעמד מונופוליסטי בארצות הברית, אשר נבע משליטתה הבלעדית על רשת הטלפונים הארצית. בשלב מסוים ביקשה רשות התקשורת הפדרלית (Federal Communications Commission (F.C.C.) לפתוח את השוק לתחרות על ידי מתן רשיונות ליזמים חדשים להעברת שיחות בין עירוניות. T&AT ניסתה, באמצעים שונים, לחסום את כניסתם של מתחרים חדשים לשוק, ובין היתר סירבה לאפשר להם להתחבר לרשתות הטלפון המקומיות שלה, מה שמנע מהמתחרים להפעיל את הרשתות הבין-עירוניות שלהם.

בשורה של פסקי דין שעסקו בנושא זה נדונה, ונדחתה, טענת AT&T לפטור משתמע מתחולת דיני ההגבלים העסקיים (ה-Sherman Antitrust Act) מכוח ההסדר הסטטוטורי הקיים בתחום

זה על פי דיני התקשורת (ההוראות אשר הוצאו על ידי ה-F.C.C) ואשר דחה, לטענתה, את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים.

מסקנתם של בתי המשפט האמריקאים בפרשת AT & T הייתה כי אין קיימת במקרה זה התנגשות או סתירה בין דיני ההגבלים העסקיים לבין דיני התקשורת המסדירים את פעילותה של AT & T. להפך, שתי מערכות הדינים, קבעו בתי המשפט בארה"ב, משלימות זו את זו, לפיכך, נדחתה טענת AT&T לחסינות מתחולת דיני ההגבלים העסקיים.

בתי המשפט בארצות הברית אמנם לא שללו, בעקרון, את האפשרות לקיומו של פטור סטטוטורי משתמע מדיני ההגבלים העסקיים, ואולם, הגישה הבסיסית לטענה זו הייתה שלילית. פטור משתמע כזה הוכר רק במקום בו קיימת התנגשות ברורה בין דיני ההגבלים העסקיים לבין הדינים המיוחדים המסדירים את פעולתו של הגוף הנוגע לעניין, היינו, כאשר לא ניתן להחיל את דיני ההגבלים העסקיים לצדו של ההסדר הסטטוטורי הספציפי המסדיר את פעולתו של המונופולין.

כך נקבע בעניין United States V. American Telephone & Telegraph Co. 461 F. Supp. 1314, 1321:

“The Supreme Court has repeatedly noted that “repeals of the antitrust laws by implication from a regulatory statute are strongly disfavored, and have only been found in cases of plain repugnancy between the antitrust and regulatory provisions”

לאותה מסקנה הגיע בית המשפט העליון של ארה"ב גם בתביעות פרטיות שהוגשו כנגד קבוצת AT&T. כך נקבע בעניין 708 F2b 1081 (1983) MCI Communications Corporation v. American Telephone & Telegraph Co. תוך הפניה, בהסכמה, לפסק דין אחר של בית המשפט העליון של ארצות הברית:

[Gorden v. New York Stock Exchange, 422 U.S. 659, 682, 95 S. Ct. 2598, 2611, 45 Ed2d 463 (1975) 945

“Rapeal of the Antitrust Laws by implication is not favored and not casually to be allowed. Only where there is a ‘plain repugnancy between the antitrust and regulatory provisions’ will repeal be implied”.

בית המשפט הזכיר, בהסכמה, גם את פסק הדין בעניין 373 Silver v. New York Stock Exchange, 341, 357, 83,S.Ct 1246, 1257, 10L. Ed.2d 389 (1963) שם נקבע:

“As a Further limitation, repeal is to be regonded as implied only where necessary to make the regulatory scheme work, and even then, only to the minimum extent necessary”.

פטור מכללא, מכוח ההוראות הספציפיות שהוצאו על ידי ה-Federal Communications Commission, הוסיף בית המשפט העליון של ארצות הברית וקבע בעניין MCI, יכול שיקום רק אם הפעולות העומדות לדיון נדרשו או אושרו על ידי הרשויות הפדרליות מכוח סמכותן הסטטוטוריות באופן שהן אינן מתיישבות עם הפעלת דיני ההגבלים העסקיים, וכאשר ההסדר הסטטוטורי הספציפי החל על העניין נשוא המחלוקת הוא הסדר שלם אשר הקונגרס ביקש לעצבו שלא על פי המודל התחרותי. (שם, בעמ' 1102).

לעניין האחרון נקבע בפרשת U.S. v. AT&T הנזכרת לעיל, כי:

“Even when The regulation is pervasive, and the precise conduct attacked in an antitrust suit is being regulated, an immunity will be found only if the antitrust remedy conflicts with rather than complements the enforcement efforts the regulatory agency”. (p. 1326, Ft. 36).

עוד נקבע בעניין MCI הנ"ל, כי החלטתם של דיני ההגבלים העסקיים כהסדר משלים נדרשת דווקא במקום שבו מדובר בתחום הנתון לפיקוח והנפתח לתחרות:

“Similarly, in the instant case, the interconnection policies adopted by the FCC during the time period relevant to this litigation appear designed to promote rather than inhibit competition in the specialized telecommunication field. Thus the allowance of antitrust liability is likely to complement rather than undermine the applicable statutory scheme.”
(p. 1104).

יש לציין בהקשר זה כי הפתיחה לתחרות בעייתית במיוחד כאשר מדובר בפתיחה סלקטיבית, היינו כאשר מדובר בחשיפה חלקית, תוך שמירה על המעמד המונופוליסטי של בעל המונופולין בחלק מהתחומים שבענף זה. מצב זה מעלה את החשש לניצול המעמד המונופוליסטי באותם תחומים שבהם השתמר כוחו המונופוליסטי של בעל המונופולין, כדי לפגוע בתחומים שנפתחו לתחרות.

סכנה זו הוסברה בספרם של (3b ed. 1993) Whish & Sufrin **Competition Law**:

“A dominant undertaking may be guilty of an abuse under Article 86 even though the abusive behavior does not take place in the market which it dominates. It may be that the dominant firm is committing the abuse on a market which is ancillary to the one it dominates.”

מעבר לכל אלה, חשוב לציין, כי בפסיקה שנדונה לעיל התייחסו בתי המשפט בארה"ב רק להתנהגות הספציפית של בעל המונופולין אשר עמדה לדיון באותם המקרים, תוך בחינת השאלה האם אותה התנהגות ספציפית, מן הראוי שתוכפף, בנוסף על ההסדר הסטטוטורי המיוחד החל לגביה, גם לדיני ההגבלים העסקיים. לא נדונה באותם המקרים האפשרות של מתן פטור כללי וגורף מתחולת דיני ההגבלים העסקיים.

ב"כ העוררת התייחסו בטיעוניהם לסדרה נוספת של פסקי-דין אמריקאיים, שהמנחה שבהם הוא פסק הדין בעניין:

California Retail Liquor Dealers Assn. V. Midcal Aluminium, Inc. 455 U.S. 97 (1980):

בפסיקה זו אכן הכירו בתי המשפט בארה"ב בחסינותם של הסדרים סטטוטוריים מסוימים מפני תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים.

אולם, חסינות זו הוכרה על רקע היחסים החוקתיים בארה"ב בין החקיקה הפדרלית לחקיקה המדינתית, תוך שימור האוטונומיה של המדינות לחוקק חוקים הנוגדים את דיני ההגבלים העסקיים הפדרליים.

כך למשל, נאמר בפסק דין **Federal Trade Commission v. Ticor Title Insurance Co.** 112 S.Ct 2169, 2176, (1992) **Parker v. Brown** 317 U.S. 341 63 (1943): S.ct. 307, 87 L.ED 315

“We announced the doctrine that federal antitrust laws are subject to suppression by state regulatory programs. Our decision was grounded in principles of federalism.”

בנוסף, פסיקה זו התייחסה למצבים בהם מתקיימת התנגשות בין דיני ההגבלים העסקיים הפדרליים לבין החקיקה המדינתית. באותם מקרים לא ניתן היה ליישב בין שתי מערכות החוקים ועל בתי המשפט היה לבחור בחקיקה המועדפת, מצב שאיננו מתקיים במקרה שבפנינו.

כך נקבע בפסק הדין, **Essential Communications Systems, Inc. v. AT&T** 610 F. 2b, (1979) 1114, 1121:

“Since the determination of a possible antitrust exemption turns, in our view, on conflict, actual or potential, between an obligation imposed by the 1934 Act and an antitrust remedy.....

החקיקה המדינתית הרלבנטית במקרה הנדון
בכל מקרה, גם החסינות שהוקנתה באותם מקרים לא הייתה חסינות גורפת. היא לא הקנתה לגוף הרלבנטי פטור מלא מתחולת דיני ההגבלים העסקיים, אלא התייחסה בכל מקרה להתנהגויות הספציפיות שנדונו בו.

בנסיבות אלה, אין ללמוד מפסיקה זו לעניינו.

16. כפי שמציין הממונה בסיכומי, גם בקהילייה האירופאית נקבע כי דיני ההגבלים העסקיים חלים על ענף הבזק, למרות שזה מוסדר על פי דיני המדינות החברות בקהילייה.

בשנת 1981, פרסמה נציבות הקהילה האירופאית הנחיות המיישמות את דיני ההגבלים העסקיים בענף הבזק (Telecommunications (Antitrust) Guidelines 1991 [1991] 4 C.M.L.R 946)

על פי אותן הנחיות, נקבע כי סעיף 86 לאמנת הקהילה האירופאית, האוסר ניצול לרעה של מעמד דומיננטי, חל גם על ענף הבזק. עוד נקבע באותן הנחיות, כי פיקוח רגולטיבי המופעל על ידי מדינות מסוימות על ספקי שירות הטלפון. לא יפטור את אותם ספקים מתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים של הקהילייה האירופאית, אלא במקום שהוראות אלה שוללות לחלוטין כל חופש פעולה וכל שיקול דעת עסקי, היינו, כאשר קיימת התנגשות בין דיני המדינות לדיני הקהילייה (סעיפים 13-14 להנחיות).

17. **סעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים**

העוררת טוענת שיש ללמוד אנלוגיה לעניינו מסעיף 3(1) לחוק הגבלים העסקיים. סעיף זה קובע:

“על אף האמור בסעיף 2, לא ייחשבו כהסדרים כובלים הסדרים הבאים: (1) הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין”.

ב"כ העוררת ערים לכך שעניינו של סעיף זה בהסדר כובל ולא במונופולין. אף על פי כן, הם סבורים כי ניתן ללמוד גזירה שווה מסעיף זה גם לגבי מונופולין. תכלית החקיקה העומדת ביסוד הוראת סעיף 3(1) לחוק, שוב אין צורך בהסדרה מקבילה באמצעות דיני ההגבלים העסקיים. לטענתם, מבחינה מהותית, “הרציונאל שעומד בסיס סעיף 3(1) יפה גם כאן, ואף מקל וחומר. אם הסדר כובל, שמבחינת מדד הריכוזיות הינו פחות ממונופולין, אינו כפוף לפרק ההסדרים

הכובלים בחוק משהוא בעל קיום "סטטוטורי", הרי שמקל וחומר כך הדבר לגבי מונופולין סטטוטורי - נוכח ריכוזיותו הרבה יותר מוסדרת פעילותו בצורה מקיפה יותר".

לשיטתנו, ההיקש שניתן ללמוד מסעיף (1)3 לחוק מצביע על מסקנה הפוכה מזו שמבקשים ללמוד ב"כ העוררת.

סעיף זה מצביע על כך שהמחוקק היה ער לאפשרות של מתן פטור מתחולת דיני ההגבלים העסקיים להסדרים שנקבעו מכוח הדין, אלא שהוא ראה להחיל פטור כזה על הסדרים כובלים בלבד. מכאן מתבקשת המסקנה, כי המחוקק לא ראה לפטור מונופולין מתחולת החוק רק בשל כך שחל עליו הסדר סטטוטורי מיוחד.

נציין, כי יש טעם ענייני להגבלת תחולתו של פטור סטטוטורי שמקורו בדין מיוחד לגבי הסדר כובל בלבד, שכן הסדר כובל אסור על פי החוק (כל עוד לא הותר במפורש על ידי בית הדין או הופטר מאישור כזה על ידי הממונה). שונה הדבר לגבי מונופולין, שאינו אסור בחוק ואין גם כל צורך לקבל היתר לפעילותו, מכוח הדין.

מכאן, שמקום בו מדובר בהסדר (כובל) אסור, כאשר כל כבילותיו של הסדר כזה קבועות בדין (אחר), שלילת חוקיותו של הסדר כזה, תוצאה הנובעת באופן אוטומטי מהכפפתו של ההסדר לחוק ההגבלים העסקיים, עומדת בהכרח בסתירה לדין המיוחד הקובע את הכבילות נשוא ההסדר. הפטור מכוח סעיף (1)3 לחוק הכרחי, במקרה כזה, למניעת התנגשות בין הדינים.

לא כך הדבר לגבי מונופולין, הואיל וזה איננו אסור בדין, הרי גם ההכרזה על קיומו איננה עומדת בהכרח בסתירה לדין היוצר את המונופולין. לאור כך אף מתייחס הצורך בהקניה מראש של חסינות כוללת וגורפת למונופולין מתחולת דיני ההגבלים העסקיים.

המסקנה דלעיל איננה שוללת את האפשרות שההוראות אשר יתבקש בית הדין ליתן לאותו בעל מונופולין, לא תתיישבנה עם הדין המיוחד החל על המונופולין, שאז, חזקה על בית הדין שיימנע ממתן הוראות כאלה. אולם, אין כל סיבה לשלול מבית הדין מראש, באופן גורף ומוחלט, את יכולתו ליתן הוראות לבעל מונופולין, ככל שההוראות המתבקשות אינן עומדות בניגוד לדין המיוחד החל על המונופולין, וכאשר מטרתן היא למנוע או לרכז את פגיעתו של אותו מונופולין בטובת הציבור.

מעבר לכך, סעיף (1)3 הנ"ל חל רק על הסדר שכל כבילותיו נקבעו בדין. אנלוגיה לסעיף זה, ככל שמדובר במונופולין, תתקיים רק כאשר מדובר במונופולין שכל פגיעותיו האפשריות בציבור ובתחרות (השקולות לכבילותיו של ההסדר הכובל) מתחייבות, או לפחות מוסדרות, מכוח הדין. אולם, כאמור לעיל, קשה מאוד לוודא מראש, כבר בשלב הראשוני של ההכרזה, שכל פגיעה אפשרית בתחרות ובטובת הציבור מציידו של בעל אותו מונופולין אכן מוסדרת בדין, באופן

שמניעתה תעמוד בסתירה לאותו דין. נושא זה ניתן מטבעו לבדיקה רק משיבוא בין הדין לדון בצעדים קונקרטיים אותם יידרש לנקוט כנגד בעל המונופולין, עניין שאיננו עומד כרגע על הפרק.

סיכום ביניים - ההכרזה על מונופולין ותחולתה על תחומים המוסדרים מכוח הדין

18. מהאמור עד כאן עולות המסקנות הבאות:

- . על פי החוק קם מונופולין כאשר נוצר ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים או מכלל רכישתם, בידי אדם אחד.
- . על פי החוק, הממונה יכריז על קיומו של מונופולין.
- . סמכות הממונה להכריז על קיומו של מונופולין איננה סמכות שבחובה, הגם ששיקול הדעת המסור לו בעניין, כאשר התקיימו תנאי החוק להכרזה, הינו צר ומצומצם.
- . הפעלת שיקול דעת זה תעשה על ידי הממונה על רקע תכלית החקיקה וכדי לקדם את מטרותיו של חוק ההגבלים העסקיים.
- . ההכרזה הינה צעד דקלרטיבי שנודעת לו משמעות ראייתית בהליכים משפטיים למימוש הסעדים הן הסעדים הציבוריים והן הסעדים הפרטיים - שהוקנו בחוק, כנגד בעל המונופולין. הליך מרכזי במסגרת זו הוא ההליך של מתן הוראות לבעל מונופולין, מכוח סעיף 30 לחוק.
- . אין בהכרזה כשלעצמה כדי לשנות את מעמדו של בעל מונופולין או להחיל עליו חובות.
- . ההכרזה הינה צעד מקדים להפעלת הכלים הסטטוטוריים שקבע המחוקק לשם פיקוח על המונופולין וכדי למנוע או לצמצם את פגיעתו בתחרות ובטובת הציבור (במובן הקבוע בחוק).
- . "הנחת העבודה" של המחוקק הינה, כי נקיטת צעד מקדים זה של ההכרזה אכן נדרש כאשר נוצר ריכוז יתר (כהגדרתו בחוק) של אספקת נכסים או שירותים, או רכישתם, ביד אדם אחד, היינו, כאשר מתקיים מונופולין.
- . נחיצותה של הכרזה במקרה כזה מושתתת על ההנחה שמונופולין, הגם שאינו אסור בדיון, עשוי לפגוע בתחרות ובטובת הציבור. במקרה כזה עשוי בית הדין להידרש לנקיטת צעדים לשם מניעה או צמצום של פגיעה זו. תרופות נוספות נגד בעל המונופולין ניתנות למימוש במישור המשפט הפרטי.
- . בהתקיים צורך סטטוטורי זה, היינו, כאשר מתקיים בידו של אדם נתח השוק הנדרש בחוק, אין הממונה נדרש להצביע על קיומו של "צורך" נוסף אשר יצדיק את ההכרזה.
- . ככלל, ההכרזה על קיומו של המונופולין איננה מותנית בהוכחה כי אותו מונופולין פוגע או כי קיים חשש שיפגע בתחרות או בטובת הציבור, והיא וודאי שאיננה מותנית בהוכחת פגיעה או נזק כזה. נושא זה ייבחן על ידי בית הדין בשלב מאוחר יותר, כאשר תבוא בפניו בקשה למתן הוראות לבעל המונופולין.
- . מכאן, שהטעם כי המונופולין נשוא ההכרזה איננו פוגע, או שאין חשש כי יפגע בעתיד, בתחרות ובטובת הציבור, אין בו, ככלל, משום מניעה להכרזה.

- . מכאן, שתכלית החקיקה מצביעה על הצורך להכריז על קיומו של מונופולין כל אימת שמתקיימים התנאים היוצרים את אותו מצב המוגדר בחוק כמונופולין. שיקול הדעת המסור בעניין זה לממונה, הגם שאין מדובר בסמכות שבחובה, הינו צר וצומצם, וככלל, בהעדר נסיבות מיוחדות, צריך ששיקול דעת זה יופעל על יסוד ההנחה כי בהתקיים התנאים הקבועים בחוק, יש להכריז על קיומו של המונופולין.
- . החלת דיני ההגבלים העסקיים על תחומי פעילות המוסדרים על ידי דינים אחרים, ובכלל זאת על תאגידים שפעילותם מוסדות על פי דין אחר, (ואין הדברים אמורים בתאגידים סטטוטוריים, היינו, תאגידים שהוקמו בדין), מעוררת את שאלת היחס בין אותם דינים לדיני ההגבלים העסקיים.
- . ניתן ללמוד על קיומה של חסינות מתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים על יסוד פטור סטטוטורי מפורש או משתמע שעילתו בחוק אחר החל אותו תחום פעילות.
- . ככלל, בהעדר פטור סטטוטורי מפורש, הגישה העקרונית לטענה השוללת את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים על יסוד פטור משתמע על פי דין, תהא שלילית.
- . נקודת המוצא בבחינתה של טענה כזו תהא, שיש לפרש את חוק ההגבלים העסקיים בהרמוניה עם דין אחר (בדרגה נורמטיבית זהה) החל על אותו עניין, ובאופן שאינו שולל את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים.
- . ניתן ללמוד על שלילה מכללא של דיני ההגבלים העסקיים, מקום שאלה מתנגשים עם הסדרים סטטוטוריים אחרים, באופן שאינו מאפשר להחיל את שתי מערכות הדינים, זו לצידה של זו, על אותו מונופולין, וכאשר הפרשנות המשפטית הראויה מחייבת (כך יהא הדבר בדרך כלל) להעדיף את ההסדר הסטטוטורי הספציפי החל על אותו מונופולין.
- . קיומו של הסדר סטטוטורי חלופי, אין בו, ככלל, כדי לשלול את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים, על עוד אין הוא מתנגש בדינים אלה באופן שאינו מאפשר להחילו לצדם.
- . מכאן, שקיומו של הסדר סטטוטורי חלופי, לא ישלול, ככלל, את עצם ההכרזה, אך הוא יובא בחשבון בשלב מתן הוראות נגד בעל המונופולין, ובנסיבות ראויות הוא אף עשוי לייתר מתן הוראות, כגון הוראות היוצרות כפילות בלתי רצויה במנגנוני הפיקוח על בעל המונופולין.
- . ככלל, אין ללמוד על קיומו של פטור כללי וגורף מתחולתם של דיני ההגבלים העסקיים. פטור כזה ייקבע, בדרך כלל, באופן נקודתי ובהתייחס לפעולות מסוימות של בעל המונופולין העומדות על הפרק, או בהתייחס להוראות ספציפיות אשר בית הדין מתבקש ליתן לגביו.
- . משמעות הדבר הינה, שהדיון בטענת הפטור הסטטוטורי ייערך, ככלל, בשלב של בירור הבקשה למתן הוראות כנגד בעל המונופולין (או בהליך משפטי אחר), ולא בשלב המקדים של ההכרזה.
- . גם הסדר סטטוטורי היוצר מונופולין מכוח הדין, לא ישלול בשל כך בלבד את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים. להפך, נקודת המוצא צריך שתהא, כי גם משראה המחוקק להגביל את התחרות על פי הסדר סטטוטורי מיוחד, למשל על ידי יצירת מונופולין סטטוטורי, אין בכך כדי ללמד כי המחוקק היה מוכן להשלים גם עם ניצול לרעה של אותו מעמד מונופוליסטי. משמע, גם הסדר סטטוטורי המגביל את התחרות על פי הסדר

סטטוטורי מיוחד, למשל על ידי יצירת מונופולין סטטוטורי, אין בכך כדי ללמד כי המחוקק היה מוכן להשלים גם עם ניצול לרעה של אותו מעמד מונופוליסטי. משמע, גם הסדר סטטוטורי המגביל את התחרות, אין בו כשלעצמו כדי למנוע נקיטת צעדים למניעה או הפחתה של הפגיעה בתחרות ובטובת הציבור מכוח דיני ההגבלים העסקיים, ככל שאלה אינם עומדים בסתירה לאותו הסדר.

. 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 .

. הדברים דלעיל אינם אמורים בתאגידים סטטוטוריים, היינו, בתאגידים שהוקמו בדיון, שבהם איננו דנים כאן.

בהמשך, נבקש לבחון, על רקע השיקולים האמורים, את טענות העוררת כנגד ההכרזה.

החשש לפגיעה בתחרות הכרוך במונופולין של העוררת

19. העוררת תולה את טענותיה לעניין זה, בין היתר, בקביעתו של הממונה בהחלטתו בעניין הבורסה, בה קבע כי: "...במקרים של גורם מסחרי פרטי, ניכר, כי שיקול דעת זה, מטבע הדברים, יוביל כמעט כעניין שבשגרה, להכרזה על מונופולין.... לעומת זאת, היה נושא הבקשה להכרזה בעל מונופולין, גוף הנתון להסדר סטטוטורי נפרד, בדרך כלל לא יכריז הממונה על קיומו של מונופולין, אלא אם הוגדר על ידו הצורך לסלול את הדרך להפעלת מנגנוני הפיקוח המונעים על ידיו".

הואיל ופעילותה של העוררת מוסדרת על פי דין, ממשיכה העוררת וטוענת, אין להכריז עליה כמונופול, כפי שציין הממונה בהחלטתו הנ"ל, אלא אם "הוגדר על ידי הממונה הצורך לסלול את הדרך להפעלת מנגנוני הפיקוח המונעים על ידיו". צורך זה לא הוכח, לטענת העוררת, במקרה זה. ב"כ הממונה טוען שיש להבין את האמור בחלק זה של ההחלטה בעניין הבורסה על רקע הדברים שנאמרו שם קודם לכן, כאשר הממונה הבחין בין תאגיד העוסק בפעילות עסקית פרטית לבין תאגיד העוסק בפעילות ציבורית. הבורסה, כפי שקבע הממונה, נמנית על הסוג האחרון של התאגידים.

אנו נוטים לדעה שגם כאשר מדובר בתאגיד שפעולותיו מוסדרות בדין (ושאינו תאגיד סטטוטורי), אשר מתקיימות בו דרישות החוק באשר לנתח השוק הנדרש להכרזה, ואין מתקיימת לגבי פעילותו התנגשות בין הדין המסדיר לבין חוק ההגבלים העסקיים, די בכך כדי להכריז על המונופולין שבידו על פי החוק. אולם, לאור עמדת הממונה, איננו נדרשים להכריע בסוגיה זו, שכן מקובלת עלינו עמדת הממונה, כי הדברים דלעיל יפים לפחות לגבי תאגידים כאלה (שפעילותם מוסדרת בדין) העוסקים, כפי שעוסקת העוררת, בפעילות בעלת אופי עסקי פרטי, ולא בעלת אופי ציבורי.

העוררת, כאמור, הינה חברת ממשלתית. מניותיה של העוררת מוחזקות בחלקן על ידי הממשלה ובחלקן על ידי הציבור, והן נסחרות גם בבורסה. העוררת מקיימת פעילות כלכלית מובהקת של מתן שירותי תקשורת לציבור, שירותים שאינם בעלי מאפיינים שלטוניים או ציבוריים, והנהלתה של העוררת אמונה, בין היתר, על טובת ציבור המשקיעים, היינו, לפעול למטרות רווח.

מבחינה זו, של מעמדה הסטטוטורי של העוררת ואופי פעילותה, איננו רואים אפוא כל קושי בהכרזה על המונופולין שבידי העוררת.

20. אולם, אפילו טעינו בהשקפתנו זו, ואפילו היה על הממונה להצביע במקרה זה על קיומו של צורך להכריז על המונופולין של העוררת, זאת בנוסף על הצורך הסטטוטורי העולה מעצם העובדה שמתקיימים בעוררת תנאי החוק להכרזה, גם אז אנו סבורים כי עלה ביד הממונה להצביע על קיומו של צורך כזה.

כפי שצוין לעיל, העוררת הינה חברה ממשלתית הפועלת, בין היתר, למטרות רווח. העוררת פועלת בסביבה ההולכת ונפתחת לתחרות, מה שמגביר עוד יותר את החשש לפגיעה בתחרות, הן באמצעות פעילותה באותם התחומים בהם נותר לה עדיין מונופול סטטוטורי (סעיף 50 לחוק הבזק) והן בתחומים אשר נפתחו לתחרות, אך זו טרם נגסה בחלקה של העוררת בשוק. מבחינה זו, אין מקובלת עלינו טענת העוררת, כי המגמה של פתיחת ענף הבזק לתחרות מייתרת את החלתם של דיני ההגבלים העסקיים עליה.

כפי שצוין לעיל, דווקא חשיפתו החלקית של ענף הבזק לתחרות, תוך שמירה על המעמד המונופוליסטי של העוררת בחלק מהתחומים שבענף זה, מעלה את החשש כי העוררת תנצל את מעמדה המונופוליסטי באותם תחומים שבהם השתמר כוחה המונופוליסטי, כדי לפגוע בתחומים שנפתחו לתחרות, לדוגמא באמצעות סבסוד צולב.

העוררת מנסה לתמוך את טיעוניה בדבריו של שר האוצר דאז, לוי אשכול, בעת שהביא את חוק ההגבלים העסקיים לקריאה ראשונה בכנסת:

"המטרה היסודית של הצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ח - 1957, שהונחה על שולחן הכנסת, היא למנוע אנשי עסק, יצרנים או משווקים של סחורות ושל שירותים מנטיות של התחמקות מגורם התחרות - אם ישנן נטיות כאלה - כיוון שלדעת הכל גורם ההתחרות פועל במרבית ענפי המשק לטובת הכלל".

עוד מזכירים ב"כ העוררת בסיכומיהם את דבריו של ד"ר בר ניב במאמרו **"גבולה של התובענה הייצוגית"**, עיוני משפטי י"ט, 251, בעמ' 262:

"דיני ההגבלים העסקיים אמורים למנוע פגיעה בצרכנים הנובעת מגיבוש עוצמה כלכלית וניצולה לרעה. תכלית הדינים האלה היא לשמר רמת תחרות ראויה (בהתאם למבנה הענפי), ובכך להביא לידי השוואה של רמת הרווחה הכלכלית".

אין בדברים אלה כדי לתמוך בטענות העוררת. איננו סבורים כי נתן לומר על מנהלי העוררת כי אינם "אנשי עסק" או "משווקים של שירותים". כן איננו סבורים כי ניתן לצאת מראש מן ההנחה כי מנהליה של העוררת חסינים מפני אותן "נטיות של התחמקות מגורם התחרות".

מקובלים עלינו גם דבריו של ד"ר בר ניב, כי מטרתם של דיני ההגבלים העסקיים היא למנוע פגיעה בצרכנים הנובעת מגיבוש עוצמה כלכלית וניצולה לרעה, וכן לשמר רמת תחרות ראויה. אך גם כאן איננו רואים כיצד ניתן לטעון שהחלת דיני ההגבלים העסקיים על העוררת עומדת בניגוד למטרות אלה.

21. חשבו לציין, כי חשש זה לניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי של העוררת לא התעורר לראשונה אצל הממונה, הוא גם לא עלה לראשונה בהקשר של ההכרזה נושא הדיון. חשש זה עלה זה מכבר, הרבה לפני ההכרזה, אצל כל הרשויות העוסקות בסדר.

בבג"צ 1255/94 **"בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נגד שרת התקשורת** (טרם פורסם) (להלן - "בג"צ הבזק"), הזכיר בית המשפט העליון את החששות שהועלו בעניין זה בועדת בועז הראשונה (ועדה זו מונתה על ידי הממשלה לשם גיבוש המלצות להקמת גוף מפקח על חברת בזק):

"על פי קביעת הועדה, כל עוד רשיונה של החברה הוא כללי, לפי פרשנותה - לא ניתן לפתוח את תחום הבזק לתחרות של ממש. עוד הצביעה הועדה על טכניקות של הועדה, ביניהן סבסוד צולב בין שירותים הניתנים על ידה כמונופול לבין שירותים הנפתחים לתחרות, הגורמות למיגור התחרות בענף".

ועדת בועז (השניה) שבה ונזקקה לעניין זה בדו"ח שכתבה בשנת 1992:

"מעמד המונופול ממנו נהנית החברה, מביא לחשש סביר של מיגור התחרות בענף, וכי כל עוד נהנית החברה ממעמד של מונופול, יש לאסור עליה לספק בעצמה או באמצעות תאגיד שבו היא מחזיקה אמצעי שליטה, שורה של שירותים בנושא הבזק, אותם ניתן וראוי לספק כתנאי תחרות.

.....

התחרות בענף התקשורת נפגעה קשות כתוצאה מהתנהגות החברה המנצלת את המונופול שיש לה בענף התשתית".

הנושא עלה גם בדיוני הכנסת, בין היתר, בדבריו של יו"ר ועדת הכלכלה של הכנסת, מר גד יעקובי:

"ועדת הכלכלה, במהלך דיוניה וסיכומיה, חתרה ומצאה, למיטב הכרתי, איזון נכון בין הצורך לשמור על מעמד החברה כמונופולין טבעי בחלק מתחומי עיסוקה - רשת הטלפונים, לדוגמא - ובין הרצון לאפשר לגורמים נוספים לפעול במסגרת ענף דינמי, מתוחכם וסבוך זה" (ד"כ 94 (התשמ"ב) 3401, 3402).

הנושא עלה גם בדיוני הכנסת, בין היתר, בדבריו של יו"ר ועדת הכלכלה של הכנסת, מר גד יעקובי:

"ועדת הכלכלה, במהלך דיוניה וסיכומיה, חתרה ומצאה, למיטב הכרתי, איזון נכון בין הצורך לשמור על מעמד החברה כמונופולין טבעי בחלק מתחומי עיסוקה - רשת הטלפונים, לדוגמא - ובין הרצון לאפשר לגורמים נוספים לפעול במסגרת ענף דינמי, מתוחכם וסבוך זה" (ד"כ 94 (התשמ"ב) 3401, 3402).

לאור חששות אלה אף נכפה על העוררת, על - פי הרשיון הכללי החדש שהוענק לה, לעסוק בתחומים מסוימים רק באמצעות חברות - בנות, זאת, כדי להקטין את כוחה המונופוליסטי. הסדר זה אושר על ידי בית המשפט העליון בבג"צ הבזק הנזכר לעיל.

מכאן, שחששו של הממונה לפגיעה בתחרות היכולה לצמוח ממעמדה המונופוליסטי של העוררת איננו חשש שווא, ועל רקע זה ודאי שלא ניתן לכפור בנחיצותה של ההכרזה.

האם נדחית לגבי העוררת תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים מפני דיני הבזק?

22. גם בהתקיים חשש לפגיעה בתחרות על ידי המונופולין שבידי העוררת, עדיין עולה השאלה האם, במקרה שבפנינו, נדחים דיני ההגבלים העסקיים מפני ההוראות המסדירות את פעילותה של העוררת מכוח דיני הבזק, והאם עומדות שתי מערכות הדינים, ככל שמדובר בעוררת, בהתנגשות חזיתית ביניהן, עד כי אין אפשרות להפעילן בצורה הרמונית, זו לצידה של זו.

עיינו בהוראות הדין הנוגעות לעניין, לרבות הוראות הרשיון הכללי של העוררת, והגענו לכלל מסקנה שההוראות המסדירות את פעילותה של העוררת מכוח דיני הבזק אינן עומדות בסתירה לדיני ההגבלים העסקיים, ואין בהן כדי למנוע החלתם של דינים אלה על העוררת. אין בדעתנו לסקור, לצורך כך, את כל ההוראות אליהן היפנו אותנו ב"כ הצדדים. נתרכז בעיקריות שבהן.

אין חולק על כך שדיני הבזק מעניקים לעוררת מעמד מונופוליסטי בתחום של רשת הטלפונים הכלל - ארצית (מעמד שבינתיים צומצם בחוק). סעיף 2 לפרק ב' לחוק הבזק קובע: **"למדינה הזכות לבצע פעולות בזק ולתת שרות בזק. לא יבצע אדם פעולות בזק ולא ייתן שירותי בזק אלא אם כן קיבל מאת השר רשיון לכך לפי חוק זה"**. סעיף 46 לחוק הבזק קובע: **"השר יעניק רשיון כללי לחברה"**. ואילו על פי סעיף 50 לחוק הבזק: **"לא ייתן רשיון כללי לביצוע פעולות בזק או למתן שירותי בזק כלל ארציים ברשת כלל ארצית של טלפונים אלא לחברה בלבד"**.

לצד אותן הוראות, המבססות את מעמדה המונופוליסטי של בזק, נקבעו גם הוראות הממתנות מעמד זה, ומפחיתות את הסיכון שבניצול מעמדה המונופוליסטי של בזק לרעת הציבור. כך, מאפשר סעיף 4(א) לחוק לשר להרחיב את התחרות בענף הבזק ולצמצם את כוחה המונופוליסטי של העוררת על ידי הענקת רשיונות כללים ומיוחדים לצדו של הרשיון הכללי (למעט "מתן שירותי בזק כלל-ארציים ברשת כלל-ארצית של טלפון", המיוחד, על פי סעיף 50 לחוק, לעוררת בלבד). סעיף 4(ב)(3) לחוק מורה לשר התקשורת להביא בחשבון, בהחלטתו על מתן רשיונות, את תרומת הרשיון לתחרות בתחום הבזק ולרמת השירותים בו.

גם הסמכות המוקנית לשר, להתיר לבעל רשיון אחר לעשות שימוש במתקניה של בזק (סעיף 5 לחוק), מאפשרת לצמצם את כוחה המונופוליסטי של בזק. הוא הדבר לגבי ההוראות (פרק ה' לחוק הבזק) שמכוחן חייבים תעריפי בזק באישור שרי התקשורת והאוצר. השימוש בהוראות אלה עשוי אף הוא להגביל את כוחה המונופוליסטי של העוררת. מקובלת עלינו גם טענתה של בזק, כי

חזקה על הרשויות שבקובען את תעריפי הבזק תעמוד לנגד עיניהן, כשיקול מרכזי, טובתו של הצרכן.

גם הסעיפים 4(א) ו-53(א) לחוק הבזק, המאפשרים מתן אישור לסוגים של ציוד קצה, נועדו להגביר את התחרות במגזר זה של שוק הבזק.

הוראת סעיף 11 לחוק הבזק, הקובעת כי "בעל רשיון יבצע פעולות בזק ויתן שירותי בזק באורח תקין וסדיר", יכולה אף היא לסייע במניעת הפגיעה בתחרות. כך גם לגבי הסמכות להתקין תקנות בדבר "הפיקוח על פעולותיו של בעל רשיון" [סעיף 12(ב)(5)], סמכות שגם בה יש כדי להגביל את האפשרות לעשות שימוש לרעה בכוחה המונופוליסטי של בזק.

במשך השנים חלה בחקיקה התפתחות שמגמתה לצמצם את כוחה המונופוליסטי של בזק. כך, הוצאו מהבלעדיות של בזק תחומי השירות של הרדיו-טלפון הנייד והטלפוניה הבינלאומית, על פי סעיף 26 לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב) מיום 31.12.92, אשר תיקן את סעיף 50 לחוק הבזק.

גם בחקיקת המשנה שבדיני הבזק מצויות הוראות שיש להן משמעות בתחום התחרות, בעיקר הוראות המסדירות את הפיקוח על בעל הרשיון ומחייבות אותו לשתף פעולה עם הרשות המפקחת [ראה: תקנות הבזק (דרכי הפיקוח על פעולותיו של בעל רשיון) התשמ"ו - 1986]. כן נקבעו בחקיקת המשנה הוראות רבות לגבי אופן הביצוע של פעולות הבזק ומתן שירותי הבזק, איכות השירות הניתן על ידי העוררת, רמת התחזוקה של מתקניה וחובתה ליתן את שירותיה לכל דורש וללא אפליה. בתקנות אלה אף נקבעה חובתה של בזק לאפשר לכל מנוי לקיים קשר בזק עם חו"ל, גם באמצעות בעל רשיון אחר הנותן שרות בינלאומי.

מדיניות זו של צמצום המונופולין של בזק באה לידי ביטוי גם ברשיון הכללי החדש של בזק, אשר החליף את הרשיון הקודם, וצמצם את היקפם של השירותים שלגביהם הוקנה לבזק מעמד מונופוליסטי.

בהקשר זה בולט הסדר חברות הבת שברשיון הכללי של בזק, המגביל את פעילותה של העוררת בתחומים מסוימים כגון מתן שירותים חיצוניים, שירותים בינלאומיים ושירותי לוויין, לפעילות באמצעות חברות בת בלבד (סעיפים 5.1.2, 7 ו-36 לרשיון הכללי), תוך קביעת הפרדה ניהולית ומשפטית בין בזק לבין חברות הבת, ואיסור על העדפת חברות הבת על פני המתחרים בהן (סעיפים 7.1.6, 11.3 ו-12.5 לרשיון הכללי).

הרשיון הכללי (סעיף 11) אף מחייב את בזק לספק שירותי תשתית לבעל רשיון (אחר), בהתאם לתנאי רשיונו, ולאפשר לבעל רשיון אחר לעשות שימוש במתקניה, לרבות ביצוע עבודות חיבור והתאמה, בהתאם להוראות שר התקשורת.

כן נכללו ברשיון הרואות האוסרות על בעלות צולבת ועל קיום שירותי בזק או פעולות בזק בשיתוף עם בעל רשיון או בעל זיכיון אחר (סעיף 36 לרשיון).

23. אולם, בכל אלה אין כדי לתמוך בטענת העוררת בדבר חסינותה מפני דיני ההגבלים העסקיים. אפילו היה בהוראות שבדיני הבזק משום תחליף סטטוטורי מלא לדיני ההגבלים העסקיים, תחליף שיש בו כדי להבטיח את מניעת הניצול של מעמדה המונופוליסטי של בזק, גם אז לא היה בכך כדי ליצור התנגשות עם דיני ההגבלים העסקיים. לכל היותר ניתן היה לומר, במקרה כזה, שניתן להשיג את כל מטרותיו של חוק ההגבלים העסקיים גם באמצעות דיני הבזק. מסקנה כזו, אפילו הייתה נכונה, יכולה הייתה להעיד על כך שהמחוקק נתן בידי הרשויות הנוגעות בדבר מכשירים ואמצעים מקבילים, שיש בכל אחד מהם כדי להשיג את אותן התוצאות. בכך אפשר המחוקק את קיומן של שתי מערכות הדינים במקביל, תוך פיזור הכלים האנטי תחרותיים בין הרשויות הפועלות מכוחן, בהתאם לשיקוליהן. מסקנה כזו מעידה, לכל היותר, על קיומו של הסדר סטטוטורי חלופי לדיני ההגבלים העסקיים, אך אין היא מעידה על קיום משטר של התנגשות בין דיני הבזק לבין דיני ההגבלים העסקיים. כפי שצינו לעיל, המבחן לשלילת תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים לגבי תחום המוסד על ידי דין אחר, הוא מבחן ההתנגשות, ולא מבחן החלופיות.

מבחינה זו, המסקנה הנטענת בחוות הדעת שהוגשה לנו על ידי בזק, מטעמים של ד"ר דן טהורי ומר ג'ק ויכסלבאום על פיה: "...הפיקוח הכלכלי הנדרש על בזק קיים ומוגדר בכלי הפיקוח של משרד התקשורת, ודי בו כדי למנוע מבזק מלהתנהג בצורה מונופוליסטית אנטי תחרותית", או, כי "החקיקה (ובכלל זאת חקיקת המשנה והרשיונות שהוצאו מכוחה) המגדירה את תפקידי בזק ואת סמכויותיו של משרד התקשורת, מספקת כלים ריאליים למנוע ניצול כוח מונופוליסטי לרעה...", אין בה כדי להביא לביטול ההכרזה. אפילו נניח כי מסקנה זו נכונה, וכי רשויות משרד התקשורת יכולות למלא את כל הפונקציות האנטי תחרותיות הנדרשות, לרבות אלה הנתונות בידי רשויות ההגבלים העסקיים, גם אז אין הדבר מעיד על קיומה של התנגשות בין שתי הרשויות או בין שתי מערכות הדינים, ואין בו כדי ליצור מצב שבו הפעלתם של דיני ההגבלים העסקיים עומדת בסתירה להפעלת דיני הבזק.

אמנם, מוסכם עלינו כי הפעלה בו זמנית וללא תיאום של סמכויות זהות על ידי רשויות שונות עלולה לגרום לתקלות. אולם, אפשרות כזו ודאי שאיננה מחויבת המציאות, והיא תמנע אם תתאמנה הרשויות את פעולותיהן.

כך גם עולה מעמדתו של משרד התקשורת, האמון, על פי עדותה של העוררת עצמה, על טובת הענף, התומך בהכרזה. במכתבו של מר שלמה וקס, המנהל הכללי של משרד התקשורת, אל הממונה על ההגבלים העסקיים, מיום 22.10.95, נאמר: "הנני מתכבד לאשר כי משרד התקשורת תומך בהכרזתך כי חברת בזק הינה מונופול. אין למשרד התקשורת התנגדות לכך כי בזק תהיה כפופה להוראות חוק ההגבלים העסקיים בדבר מונופולין, בנוסף על כפיפותה לפיקוח של משרד התקשורת". קשה להניח כי מנכ"ל משרד התקשורת היה נוקט בעמדה זו אילו היה סבור, כפי

שסבורה העוררת, כי הכפפתה של בזק למשטרם של דיני ההגבלים העסקיים לצד כפיפותה לדיני הבזק, תיצור התנגשות, בהפעלת הסמכויות על ידי שתי הרשויות.

טול למשל את נושא התעריפים. תעריפי הבזק מאושרים על ידי רשויות הבזק. מבחינה זו מקובל עלינו כי לא ייתכן מצב שבו תעריפי הבזק ייקבעו בו זמנית וללא תיאום על-ידי שתי הרשויות. אולם, איננו רואים כל סיבה להניח כי הרשויות לא תתאמנה ביניהן את פעולותיהן בנושא זה.

ניתן להביא בעניין זה דוגמא מנושא קרוב שעלה זה לא מכבר בפני בית הדין [ה.ע. 455/95 **אי.סי.פי. נגד הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'** (לא פורסם)]. באותו מקרה בקשו חברות הטלוויזיה בכבלים לאשר להן הסדר כובל של שיתוף פעולה בשידור והכנה לשידור של תכניות טלוויזיה בכבלים. גם בנושא זה קיימת מערכת דינים המסדירה את פעולות הזכייניות מכוח חוק הבזק. מערכת דינים זו מסדירה גם את מחיר המנוי אותו רשאיות הזכייניות לגבות מקהל לקוחותיהן. לאור כך, ניתן היה לכאורה לטעון כי לא היה מקום לכך שרשות ההגבלים העסקיים תתערב בקביעת מחיר המנוי. אולם, נושא המחיר עלה במהלך הדיונים שבפנינו גם בהקשרים המיוחדים לחוק ההגבלים העסקיים, שכן הפיקוח על דמי המנוי נדרש באותו מקרה כדי לשמר את התועלות שהיו הזכייניות מוכנות לתרום לטובת הציבור בתמורה לאישור ההסדר הכובל. כך התאפשרה באותו מקרה, על דעת כל הצדדים, התערבות מערך ההגבלים העסקיים בקביעת דמי המנוי, תוך תיאום ושיתוף פעולה עם רשויות הבזק, ואיש לא העלה את החשש להתנגשות בפעולותיהן של שתי הרשויות בנושא זה.

24. עד כאן התייחסנו לטענת העוררת בהנחה שאכן קיים בדיני הבזק הסדר סטטוטורי חלופי מלא לדיני ההגבלים העסקיים. אולם, במקרה שבפנינו אנו סבורים שהחלת דיני ההגבלים העסקיים על העוררת עשויה להוסיף לתרומתם של דיני הבזק בתחום זה, ולהשלים את המערך הנורמטיבי והפיקוחי הקיים לגבי העוררת מכוח דיני הבזק.

לעניין זה מקובלת עלינו טענת ב"כ הממונה, כי גם כאשר ייפתח ענף הבזק לתחרות, עדיין תידרש פעולה כדי לשמר את התחרות ולמנוע את ניצול כוחה המונופוליסטי של בזק, העלול למגר את התחרות, במיוחד באותם תחומים שבהם טרם נפתח הענף לתחרות. בתחום זה עשויים הכלים הנתונים בידי מערך ההגבלים העסקיים להוסיף על אלה הקיימים מכוח דיני הבזק, ולהשלים את הפיקוח שמקיימות רשויות הבזק על העוררת בתחום זה.

בנושא הפיקוח, למשל, על פי תקנות הבזק (הפיקוח על פעולותיו של בעל רשיון) התשמ"ו - 1986, הוקנו למנהל הממונה, על-ידי שר התקשורת, סמכויות פיקוח שונות על בעל הרשיון. מקובל עלינו כי פיקוח זה יוכל להשתרע גם על נושאים הקשורים לתחרות, אם כי נראה כי לא זו היא מטרתו העיקרית (ראה פירוט נושאי הפיקוח (שאינו ממצה) בתקנה 4 לתקנות).

לשם הפעלת הפיקוח ניתנו למנהל סמכויות שונות, למשל, הסמכות להיכנס לחצריו של בעל הרשיון. אולם, אין מדובר בסמכות חיפוש כללית, כמו זו המסורה לרשות ההגבלים העסקיים

מכוח סעיף 45 לחוק ההגבלים העסקיים. סמכות החיפוש שהוענקה על פי דיני הבזק, מוגבלת לעריכת מדידות ובדיקות של מתקני בזק וציוד בזק, בדיקת אופן ביצוע פעולות הבזק ועיון במסמכים הנוגעים לביצוע פעולות הבזק. המנהל מוסמך לדרוש מבעל הרשיון להמציא לו דוחות, ובאישור שר התקשורת הוא אף מוסמך לדרוש מבעל רשיון למסור לו, בנוסף, "כל ידיעה ומסמך אחרים הדרושים לצורך הפיקוח לפי תקנות אלה". אולם, מדובר בסמכויות פיקוח כלליות ולא בסמכויות חקירה של ממש, כמו אלה המסורות לרשות ההגבלים העסקיים מכוח חוק ההגבלים העסקיים, הכוללות, כאמור, סמכויות חיפוש וחקירה (סעיף 46 לחוק ההגבלים העסקיים).

מעבר לכך, התקנות אינן מקנות למנהל סמכות ליתן הוראות לבעל רשיון. המנהל אמנם רשאי, על פי תקנה 7 לתקנות, "להודיע בכתב לבעל רשיון על ליקויים או פגמים שמצא", אך אין לו סמכות לחייב את בעל הרשיון לפעול לתיקון הליקויים. החובה היחידה המוטלת על בעל רשיון שקיבל הודעה כאמור היא להודיע את תגובתו להודעה, ואם עשה לתיקון הפגמים והליקויים.

במקרה בו סבור המנהל כי יש בליקויים ובפגמים האמורים משום הפרה מהותית של תנאי הרשיון או של הוראה בדיון, כל שהוא מוסמך לעשות הוא להביא את הדבר בפני השר. ואולם, גם לשר אין סמכות סטטוטורית לחייב את בעל הרשיון לפעול לתיקון המעוות.

לשר אמנם מסורה, במקרים מסוימים, סמכות "לבטל את הרשיון, להגבילו ולהתלותו". (ראה במיוחד סעיף 6 (7) לחוק הבזק, המסמיך את שר התקשורת, "(מ)טעמים שבטובת הציבור... לבטל להגביל או להתלות את הרשיון").

אין ספק כי מדובר בסמכות רבת כוח והיקף. אולם, דומה כי מדובר בסמכות מרחיקת לכת, אשר ספק בעינינו אם, ועד כמה, ייעשה בה שימוש, במיוחד ככל שמדובר בטיפול בבעיות נקודתיות של ניצול המעמד המונופוליסטי של העוררת לרעה.

חוק ההגבלים העסקיים, לעומת זאת, מקנה לרשויות ההגבלים העסקיים כלי אופרטיבי של פיקוח ואכיפה באמצעות הגשת בקשה לבית הדין להגבלים העסקיים למתן הוראות כנגד בעל המונופולין. כלי כזה איננו בנמצא בדיני הבזק.

בכל מקרה, השאלה האם יש בהסדרי הפיקוח הסטטוטוריים הקיימים מכוח דיני הבזק כדי לייתר או כדי למנוע את החלת דיני 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.

25. הובאה בפנינו בהקשר זה דוגמה לניצול כוחה המונופוליסטי של בזק לרעה, כעולה מתלונה שהוגשה לממונה על ההגבלים העסקיים על ידי חברת "נקודוטל". אותה חברה שיווקה מכשירי טלפון המופעלים באמצעות מטבעות על-פי רשיון שניתן לה לצורך כך על-ידי שר התקשורת.

מסתבר, שלשלם גביית מחיר השיחה מהמשתמש, יש צורך בקבלת החזרי פעימה ("impulses") ואלה נשלחים על-ידי העוררת. על-פי התלונה, השהתה העוררת במקרים רבים את תחילת החזרי הפעימות למשך מספר שבועות, מה שמנע את תחילת ההפעלה של המכשיר אצל בעל המקום הפעימות למשך מספר שבועות, מה שמנע את תחילת ההפעלה של המכשיר אצל בעל המקום שביקש להתקינו, ובמשך אותה תקופה ניסו אנשי העוררת לשכנע את בעל המקום לבטל את ההזמנה ולהתקין מכשיר טלפון-מטבעות אחר, המשווק על ידי העוררת. במקרה אחד אף הודה מנכ"ל העוררת במעשה זה, אך הוא זקף אותו ליוזמה פרטית של אחד מטכנאי העוררת. מסתבר שהיו מקרים נוספים כאלה, ובסופו של דבר נאלצה המתלוננת לפנות לבית משפט, שם הושג הסדר על-פיו הצהיר נציג העוררת כי פעולות מסוג זה נוגדות את מדיניותה של העוררת. העוררת מלינה על כך שאמיתותה של תלונה זו לא הוכחה בפנינו. אולם, הרלוונטיות של תלונה זו לא תבחן על-פי אמיתותה, אלא בכך שהיא מדגימה סיטואציה אפשרית שבה עלולה להיגרם פגיעה בתחרות עקב מעמדה המונופוליסטי של העוררת.

איננו רואים כל מניעה לכך שתלונה כזו תוגש לרשות ההגבלים העסקיים ותחקר על ידה, למרות שקיימות סמכויות חקירה ובירור בעניין זה גם במערכת הבזק. לא זו אף זו, דומה, כפי שכבר ציינו לעיל, כי רשויות ההגבלים העסקיים מצוידות מהבחינה המשפטית בכלים מתאימים יותר להתמודד עם תלונה מעין זו.

26. העוררת טוענת, כי רשויות הבזק הן בעלות מומחיות ומיומנות ספציפית בתחום הבזק, וגם בשל כך יש להותיר בידן, ובידן בלבד, את הפיקוח על העוררת, גם בנושא הגנת התחרות. אין חולק על כך שרשויות ההגבלים העסקיים, לרבות בית הדין, נעדרים מומחיות מיוחדת בתחום הבזק. אולם, "תכונה" זו של העדר התמחות ספציפית בתחומים בהם אוכפות רשויות ההגבלים העסקיים את החוק, אופיינית לפעילותן של רשויות אלה ככלל. ההתמחות בתחום התחרות הינה, מטבעה, התמחות "רוחבית", שאיננה מיוחדת לפעילות כלכלית ספציפית בתחום כזה או אחר, והיא משתרעת על שטחי פעילות כלכלית רבים. אולם, בכך אין משום טעם למניעת מעורבותו של מערך ההגבלים העסקיים בהגנה על התחרות גם בתחומים שאין לו בהם מיומנות ומומחיות ספציפית. פירוש כזה לעקרון של חובת "הכיבוד ההדדי בין רשויות המדינה", שלו טוענת העוררת, היה מחייב את מערך ההגבלים העסקיים למשוך את ידו ממעורבות בהגנה על התחרות בתחומי פעילות רבים. כך, למשל, איננו רואים, מה מותר הבנקים, ענף הדלק, הטלוויזיה בכבלים וכיו"ב תחומי פעילות כלכלית, מענף הבזק.

מאידך, יש לזכור כי לצד מומחיותן של רשויות הבזק בתחום הבזק, נעדרות רשויות אלה התמחות מיוחדת בנושא הגנת התחרות, ועל כל פנים נושא זה איננו עומד במרכז התמחותן. אולם, המסקנה העולה מכאן איננה מצביעה על סתירה או התנגשות בפעילות של שתי הרשויות בתחום זה. להפך, ההדגשים השונים בהתמחותן של הרשויות הנוגעות בדבר מחייבים פעילות משלימה ומתואמת בין שתי הרשויות, כאשר כל רשות עושה שימוש בכלים שנתן בידה המחוקק, ובמומחיות שרכשה לעצמה בתחומי פעילותה, לשם השגת המטרות שביסודן של שתי מערכות הדינים.

27. גם מבחינת האכיפה הפרטית אין דיני הבזק מספקים פתרון סטטוטורי חלופי מלא לדיני ההגבלים העסקיים, שכן התרופות הפרטיות הקיימות בחוק ההגבלים העסקיים אינן בנמצא, וודאי שלא באופן ישיר ומלא, בדיני הבזק. הדברים אמורים במיוחד בחובה להימנע מניצול לא הוגן של המעמד המונופוליסטי על פי סעיף 29א שנקבעה בחוק ההגבלים העסקיים כעוולה בנזיקין (סעיף 50 לחוק) ובעילת התובענה הייצוגית שקבע לאחרונה המחוקק בסעיף 46א לחוק. איננו רואים כל סיבה לאמץ פרשנות השוללת תרופות אלה מהציבור העלול להיפגע ממעמדה המונופוליסטי של העוררת.

כך, למשל, בת"א (ת"א) 112/92 עו"ד ברוך שוגל נגד בזק (תקדין - מחוזי, כרך 92(2), עמ' 1350), הנזכר לעיל, החיל בית המשפט על בזק את סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים ומנע מכוחו ניתוק קווי טלפון של חברה בכנוס נכסים, תוך שהוא קובע כי תקנה 6(ב) לתקנות הבזק (הפסקה, עיכוב או הגבלה של פעולות בזק ושירותי בזק), התשמ"ה - 1985, נדחית מפני הוראת סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים. באותו עניין לא העלתה בזק, ככל הנראה, את הטענה בדבר אי תחולת פרק המונופולין שבחוק ההגבלים העסקיים עליה, אך עובדה היא כי לא זו בלבד שבית המשפט החיל על בזק את החוק, אלא שהוא גם ראה לדחות מפניו הוראה מדיני הבזק.

נתח השוק של העוררת בתחומים נשוא ההכרזה

28. עד כאן בוסס הדיון על ההנחה כי בזק עומדת בתנאים ה"טכניים" הקבועים בחוק לגבי מונופולין, היינו, כי היא מחזיקה בנתח השוק הקבוע בחוק כתנאי להכרזה, משמע, היא מרכזת בידה "מחצית מכלל מתן השירותים".

בכתב הערר לא חלקה בזק על כך שהיא בעלת מונופולין בתחומים נשוא ההכרזה. גם בתגובתה לפניית הממונה ערב ההכרזה, לא חלקה בזק על כך, וטענתיה אותה עת הצטמצמו לעצם הצורך בהכרזה, לאור דיני הבזק החלים עליה.

גם בחוות הדעת הכלכלית שהוגשה על ידי בזק לאחר הגשת הערר לא כפרה בזק בכך שהיא מונופולין כהגדרתו בחוק. טענתה העיקרית אותה עת הייתה כי היא בעלת מונופולין הנעדר כוח מונופוליסטי. מהבחינה הכלכלית, טענו מומחי העוררת, חשופה בזק לאיום תחרותי מצד גורמים שונים. איום זה, טוענת בזק, די בו, כשלעצמו, כדי למנוע ניצול לרעה של הכוח המונופוליסטי שבידה, ויש בו כדי לייתר את הצורך בנקיטת צעדים מכוח דיני ההגבלים העסקיים.

על-פי הטענה שבחוות הדעת הכלכלית האמורה, מונופול הפועל בתנאים של איום לתחרות, למשל, כאשר הוא ניצב בפני מחסומי כניסה נמוכים, ינהג כאילו היה חשוף לתחרות, למשל, על ידי הורדת מחירים.

על רקע זה מציגים מחברי חוות הדעת מספר תיאוריות כלכליות המסבירות את פעילותם של מונופולים בתנאים שונים. התיאוריה האחת היא תיאורית האסטרטגיה של גופים מבוססים. תיאוריה זו גורסת כי מונופול יכול להיות אדיש לאיום של תחרות רק במצב שבו עלויות הכניסה לשוק הן גבוהות מאוד. בכל מצב אחר יפעל המונופול לשפר את מעמדו על-ידי הורדת המחיר. תיאורה אחרת, המוצגת על ידי מחברי חוות הדעת, היא התיאוריה של שווקים ברי תחרות. על-פי תיאוריה זו, התנאי העיקרי לקיום שווקים ברי תחרות הוא התנאי המאפשר יציאה מהענף ללא עלויות שקועות.

אמנם, לכאורה, קיימת בתחום הבזק השקעה גבוהה בתשתית, שיש בה כדי להוות מחסום כניסה, המאפשר לבעל המונופולין לגבות מחיר מונופוליסטי, היינו, למקסם את רווחיו. אולם, לדעת מחברי חוות הדעת, יש להביא בחשבון בהקשר זה את קיומן של טכנולוגיות חדשות כמו הטלפון הסלולרי, הכבלים ואפשרויות נוחות לחיבור בין רשתות. טכנולוגיות אלה מציעות לחברות הטלפון פתרונות חלופיים, המפחיתים את העלות השקועה, ובכך מערערות את המוסכמה כי מונופולין תקשורתי כמו זה של העוררת הינו מונופולין טבעי, ומקרבות את השוק למצב של שוק בר תחרות.

תיאוריה נוספת המוצגת בחוות הדעת היא התיאוריה של פורטר. על-פי מודל זה בוחנים מחברי חוות הדעת את כל תחומי הפעילות של בזק ברמת המיקרו-כלכלה, תוך ניתוח הכוחות התחרותיים הפועלים בהם ומאפייניהם. על פי טענתם, יישומו של המודל על כל אחד מתחומי הפעילות נשוא ההכרזה, תוך בחינה של האיום התחרותי הפועל על בזק ותגובתה של זו לאותו

איום, למשל, בדרך של הורדת מחירים, יגלה כי אין צורך בהכרזה לשם מניעת ניצול המעמד המונופוליסטי של בזק. כוחות השוק הפועלים על בזק מביאים, על פי הטענה, לאותה תוצאה, ומייתרים את הצורך בהכרזה.

בעקבות הגשת חוות הדעת האמורה, טענה בזק בכתב התשובה שלה, זו הפעם הראשונה, שעל-פי התיאוריות הכלכליות שפורטו בחוות הדעת, אין מתקיימים בה תנאי החוק להכרזה כמונופולין. ולחילופין, אפילו היא מהווה מונופולין כהגדרתו בחוק, אין מקום להכריז על המונופולין שבידה מחמת כך שהיא נעדרת כוח מונופוליסטי.

על-פי אותה טענה, כדי לקבוע את חלקה של העוררת בכלל השירותים בשוק או בענף הרלבנטי, יש להגדיר תחילה את אותו ענף. הענף הרלבנטי מוגדר, על פי הטענה, על פי מידת התחליפיות של המוצרים או השירותים הנסחרים בו. לעניין זה, יש להבחין בין תחליפיות הביקוש וההיצע.

תחליפיות הביקוש נקבעת בהתאם לסוג והיקף המוצרים שניתן לראות בהם מוצרים או שירותים תחליפיים למוצר או לשירות שבמונופולין. השוק או הענף הרלבנטי כולל את אותם מוצרים או שירותים בהם קיימת תחליפיות גבוהה. תחליפיות כזו קיימת כאשר הצרכנים רואים במוצרים אלה מוצרים תחליפיים למוצר שבמונופולין. מידת התחליפיות נקבעת, בין היתר, על פי המבחן של **גמישות הביקוש הצולבת** של המוצר (cross elasticity of demand). מבחן זה מודד את ההשפעה שיש לשינוי במחירו של מוצר אחד על הביקוש למוצר האחר. כאשר העלאה במחירו של מוצר א' תביא לתנועה גדולה של קונים ממוצר א' למוצר ב', משמעות הדבר הינה שגמישות הביקוש הצולבת של שני המוצרים הינה גבוהה, היינו, שמוצר ב' הוא מוצר תחליפי למוצר א'. כפי שהגדיר זאת ניב זקלר במאמרו "**הפיקוח על מיזוגים - היעדים ודרך השגתם**" (רבעון לבנקאות, כט (1990) 87):

"כאשר אנו באים לתחום שוק לצורך בחינת רמת התחרותיות בו, אין ברצוננו להגבילו למוצר הומוגני בלבד, שכן שליטה, אפילו מוחלטת, של פירמה על אספקת אותו מוצר הומוגני אינה מעידה בהכרח על היותה מונופול טהור, בה במידה ולצרכניה אפשרות לרכוש מוצר המהווה תחליף קרוב לאותו מוצר הומוגני. גמישות הביקוש הצולבת בוחנת את מידת קיומה של אופציה זו בידי הצרכנים - ככל שערכה גבוה יותר כן המוצרים מהווים תחליפים טובים יותר אחד לשני, משמעו העלאת מחירי מוצר אחד תוביל לצריכה מוגברת של המוצר האחר תוך השגת אותה תועלת. המסקנה הנגזרת מכך הינה הצורך בהכללת כל אותם מוצרים המהווים תחליפים טובים יותר אחד לשני, משמעו העלאת מחירי מוצר אחד תוביל לצריכה מוגברת של המוצר האחר תוך השגת אותה תועלת. המסקנה הנגזרת מכך הינה הצורך בהכללת כל אותם מוצרים המהווים תחליפים קרובים אחד לשני בגדרו של השוק הרלוונטי".

הקושי במקרה זה נעוץ בקביעה של גמישות הביקוש הצולבת בכל מקרה ומקרה. לצורך כך, יש לקבוע, למשל, עד כמה ישפיע על הגדרת הענף טעמים של חלק מהצרכנים המוכנים לראות

במוצרים מסוימים מוצרים תחליפיים למוצר שבמונופולין, כאשר חלק אחר של צרכנים אינו רואה מוצרים אלה כמוצרים תחליפיים כאלה. לא נכנס לשאלות אלה במסגרת זו, שכן בזק אינה טוענת להרחבת השוק מצד תחליפיות הביקוש.

טענתה של בזק היא שיש להרחיב את השוק מההיבט של תחליפיות ההיצע. לטענתה, האיום התחרותי עליה מצדם של מתחרים פוטנציאליים, הינו כה גדול, עד שהוא שולל ממנה כל כוח מונופוליסטי.

לעניין זה רלוונטי המדד של **גמישות ההיצע הצולבת**. מדד זה בודק את מידת התחליפיות מצד ההיצע, היינו, מנקודת ראותם של המוכרים או ספקי השירותים שלא סיפקו עד כה את המוצר או השירות שבמונופולין, ועד כמה יהיו מוכנים אלה, בעקבות העלאת מחירו של המוצר שבמונופולין, להיכנס לשוק.

על-פי הטענה, נתח השוק של הפירמה איננו רלבנטי לקביעת הכוח המונופוליסטי שבידה, שכן, אם בעקבות העלאת מחירו של המוצר, שהוא המדד המשקף את הכוח המונופוליסטי, יכנסו מתחרים חדשים לענף, משמעות הדבר היא כי בעל המונופולין חשוף לתחרות. איום תחרותי זה, אם הוא גדול דיו, עשוי לשלול את הכוח המונופוליסטי, למרות חלקו הדומיננטי הנוכחי בשוק. עמדו על כך (בין היתר) המלומדים א' צדקה, א' רזין, י' שינין ומ' פרלמן במאמרם **"מונופולים ומיזוגים בתנאי חשיפה"** (רבעון לכלכלה, כרך מג, 53):

"נתח שוק בפועל אינו מלמד אפוא כהוא זה על קיומו של כוח שוק משמעותי, כאשר קיימות פירמות פוטנציאליות אשר יכולות להיכנס לשוק בתגובה לעליה במחיר".

על-פי טענה זו, בהגדרת הענף לצורך קביעת קיומו של מונופולין, יש להביא בחשבון גם את כל אותן הפירמות הנמצאות כיום אמנם מחוץ לשוק, אך בעמדת איום המשפיעה על התנהגותו הכלכלית של בעל המונופולין, ומונעת ממנו הפעלת כוח מונופוליסטי. הרחבת הענף המתחייבת מכוח מבחן גמישות ההיצע הצולבת במקרה זה, תביא, לטענת העוררת, להקטנת חלקה בשוק, והעמדתו על שיעור הנמוך מ- 50%.

הממונה איננו חולק בסיכומיו על כך שמבחן גמישות ההיצע הצולבת רלוונטי אף הוא למדידת הכוח המונופוליסטי. ואולם, טענת הממונה היא, כי מבחן זה איננו רלוונטי להגדרת המונופולין שבחוק, ואין להביאו בחשבון בשלב זה של ההכרזה על קיומו של המונופולין. טענה זו מקובלת עלינו.

לדעתנו, ככלל, מבחן גמישות ההיצע הצולבת, ככל שהוא מביא בחשבון יצרנים פוטנציאליים שאינם נמנים כיום על השחקנים בשוק, איננו תואם את הגדרת המונופולין שבחוק. על פי אותה הגדרה, נזכיר, "יראו כמונופולין ריכוז של יותר ממחצית מכל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם בידיו של אדם אחר...".

מכאן, שהמבחן הקובע לעניין הגדרת המונופולין על פי החוק הוא השוק הקיים. חלקו של בעל המונופולין בשוק, יחושב מתוך כלל הנכסים או השירותים הנסחרים בשוק. הגדרת השוק איננה כוללת נכסים או שירותים פוטנציאליים שאינם מסופקים או נרכשים בשוק, והעומדים בעמדת איום לכניסה לשוק, גם אם יש לקיומם מימד הרתעתי הנותן את אותותיו על התנהגותם הכלכלית של "השחקנים" בשוק.

מכאן עולה, כי גם אם לקיומו של איום פוטנציאלי מצדם של ספקי נכסים או שירותים, ל"תקוף" את השוק, נודעת השפעה על התנהגותו של בעל המונופולין, אין בזו כדי להשפיע על הגדרת המונופולין, ולשלול את אופיו המונופוליסטי של מי שעומד בתנאי ההגדרה הסטטוטורית. אילו הייתה טענה זו רלוונטית כבר לשלב זה של הדיון, היינו מצפים כי המחוקק יכלול בהגדרת המונופולין גם את השווקים והמוצרים הפוטנציאליים היכולים להשפיע על התנהגותו של בעל המונופולין ולמנוע ממנו לנצל את מעמדו בשוק לרעה.

נציין, כי אין באמור משום שלילת הטענה בדבר השפעת מבחן גמישות ההיצע הצולבת על הכוח המונופוליסטי.

מקובל עלינו כי במצב שבו קיים איום של כניסת מתחרים לשוק, למשל, בשל מחסומי כניסה נמוכים, עשויה התנהגותו של בעל המונופולין להתקרב להתנהגות תחרותית, מה שעשוי להצביע על כך שאין בידו כוח מונופוליסטי. אולם, טענה זו איננה נוגעת לשלב ההכרזה על המונופולין, והיא תבוא לדיון, אם בכלל, בשלב שבו יתבקש בית הדין ליתן הוראות שמטרתן למנוע או להקטין את פגיעתו של המונופולין בתחרות. באותו השלב, אם יוכח שאין לבעל המונופולין כוח מונופוליסטי, ממילא לא יהא צורך במתן הוראות המגבילות כוח זה.

ברוח זו נפסק על ידי בית הדין להגבלים עסקיים בעה"ע (י-ם) 1/89 **תעשיות אלקטרו כימיות (פרוטארום) בע"מ נגד הממונה על ההגבלים העסקיים**, פ"מ תשנ"ב (3) 190, שם נקבע:

"סעיף 26(א) לחוק מבסס קיומו של מונופולין על אספקה בפועל ולא על אפשרות היפותטית של אספקה". (עמ' 203)

29. העוררת העלתה טענה נוספת בהקשר זה, על-פיה, ככל שמדובר בתחום הרביעי נשוא ההכרזה - הוא התחום של העברה ותמסורת של שידורים לציבור נופל כיום חלקה של בזק מ- 50% מהשוק הקיים, זאת, בהתחשב בתשתית הטלוויזיה בכבלים. לשון אחר, בתחום זה אין מתקיים בה התנאי הסטטוטורי להכרזתה כבעלת מונופולין, זאת גם לפי הפרשנות המקובלת עלינו, כאמור לעיל, לגבי נתח השוק הנדרש לצורך ההכרזה. לצורך כך ביקשה בזק להגיש מסמך שכותרתו "הבהרה ועדכון נתונים" לחוות הדעת הכלכלית. במסמך זה נטען לראשונה כי נתח השוק של בזק בתחום זה נופל מהשיעור הנדרש בחוק, היינו, מ- 50%. החלטנו שלא לדון בטענה זו ולא להתיר לבזק להגיש בעניין זה חוות דעת מתוקנת, או, כלשונה, "הבהרה" לחוות הדעת הכלכלית הקיימת.

הדיון בתיק זה התנהל כולו על בסיס ההנחה שהעוררת אכן מרכזת בידה 50% או יותר מכלל אספקת השירותים בתחומים הרלוונטים לדיון. טענותיה של בזק בעררה התמקדו בשאלות אחרות שעליהן הרחבנו את הדיבור לעיל. גם בחוות הדעת הכלכלית שהוגשה על-ידי העוררת, לא כפרה העוררת בכך שהיא מהווה מונופולין. על יסוד הנחות אלה נוהל הדיון ללא הצגת ראיות (למעט התצהירים התומכים בערר ובתשובת הממונה וחוות הדעת הכלכלית). לאור כך גם לא התבקשה חקירת המצהירים או עושי חוות הדעת, ולא הוגשו ראיות נוספות.

בשלב מאוחר ביותר של ההליך, בחודש יולי '96, לאחר תום הגשת כל כתבי הטענות, ביקשה העוררת להגיש את אותה חוות דעת, וגם זאת, לא על דרך התיקון אלא בדרך של הגשת "הבהרה ועדכון נתונים" לחוות הדעת.

למותר ולציין כי אין מדובר בהבהרה אלא בתיקון של כתבי הטענות, ולא בתיקון סתם, אלא בתיקון המשנה את קו הטיעון היסודי שעליו הושתת הדיון מראשיתו.

איננו מסכימים עם ב"כ העוררת, כי ניתן היה להבין טענה זו כבר מחוות הדעת הכלכלית המקורית (לפני תיקונה). יתר על כן, גם אותה "הבהרה", אין מומחי בזק מפרטים על יסוד מה הגיעו למסקנה האמורה (למעט הטיעון בדבר חלקה של הטל"כ בתחום זה) וכיצד חושב על ידם חלקה של בזק בתחום זה מתוך כלל השירותים הניתנים בתחום זה.

אמנם, בכתב התשובה שלה טענה העוררת, כפי שמציינים באי-כוחה, כי "קביעתו של הממונה כי בזק היא בעלת מונופול בתחום העברת שידורים לציבור איננה נכונה". אולם, טענה זו, לבד מכך שהיא איננה תואמת את הנטען בכתב הערר עצמו, גם לא נסמכה על תשתית עובדתית כלשהי, וזו עלתה לראשונה, כאמור לעיל, רק ב"הבהרה" הנדונה.

עוד נציין כי ל"הבהרה" זו, אין לה כל קשר עם תיקון הטעות שבהערת השוליים (בעמ' 40 לחוות הדעת), ועל כל פנים, היא וודאי שאיננה מתחייבת מכך.

שאר התיקונים או ההבהרות נשוא אותה "הבהרה ועדכון נתונים" (למשל, מספר מנויי הטלפון הסלולרי), אין בהם כדי לשנות את התוצאה בהליך זה, וגם העוררת איננה טוענת כך (לבד מהטיעון בעניין האיום התחרותי עליה, אשר נדחה על ידנו).

לאור כך, איננו רואים מקום להתיר את הגשת חוות הדעת המשלימה האמורה. מעבר לכך, נציין כי איננו רואים שיש בהחלטה זו כדי לפגוע בעוררת, שכן מדובר בתחום דינמי המשתנה מעת לעת, ואם יסתבר בעתיד כי חלקה של העוררת בתחום זה, כמו גם בתחומים אחרים, נופל מהמינימום הנדרש בחוק, כי אז לא תהא כל מניעה מבחינתה של העוררת, לחזור ולתקוף את ההכרזה, על בסיס העובדות החדשות כפי שיהיו אותה עת, וברור שפסק דין זה לא יעמוד לה בעניין זה למכשול.

עקרון המידתיות

30. טעם נוסף לתקיפת ההכרזה מושתת על עקרון המידתיות.

עקרון זה מוצב על-ידי העוררת על רקע חוקי היסוד, בראש ובראשונה חוק יסוד: חופש העיסוק. העוררת איננה טוענת כי חוק היסוד האמור פוגע ומבטל את חוק ההגבלים העסקיים. לעניין זה כבר נקבע בתיק מונופול 1/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נגד חברת "דובק" בע"מ (לא מורסם), כי:

"אין ספק שהוראות חוק ההגבלים העסקיים בעניין מונופול עומדות כיום בתוקפן גם לאחר תחולת חוק היסוד, אך פירושן של ההוראות האמורות יעשה ברוח הוראות חוק יסוד זה (ראה סעיף 10 לחוק היסוד). לעניין הפרשנות עלינו ליתן את הדעת לסעיף 4 לחוק היסוד הקובע כי אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. עצם הגבלת חופש העיסוק של המונופולין כדי למנוע פגיעה בתחרות או בצרכניה הינה, לדעתנו, לתכלית ראויה... עם זאת, כשאנו באים להפעיל את סמכויותינו מכוח חוק ההגבלים העסקיים עלינו לזכור כל העת כי מידת הפגיעה בחופש העיסוק של המונופולין אינה צריכה לעלות על הנדרש".
(ההדגשה הוספה).

על רקע זה, טענת העוררת הינה כי הכרזתה כבעלת מונופולין פוגעת בזכות היסוד שלה לחופש העיסוק "במידה... העולה על הנדרש". לטענתה, "גישה פרשנית המחילה על בזק את פרק המונופולין בחוק, בנוסף למערכת ההסדרים הנוקשה שחלה עליה, ונוכח ריבוי גורמי הפיקוח - מובילה לפיקוח יתר, הנוגד את עקרון המידתיות".

כפי שכבר ציינו, ההכרזה עצמה אינה מטילה על העוררת חובות כלשהן. לאור כך, אין לקבל את הטענה כי ההכרזה פוגעת בזכות היסוד של העוררת לחופש העיסוק. פגיעה כזו לא תגרם לעוררת אלא אם וכאשר יינתנו לגביה הוראות על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, אם תתבקשנה כאלה, או כאשר יתבקשו כנגדה סעדים פרטיים, ובית המשפט ימצא כי העוררת הפרה את כללי ההתנהגות הקבועים בחוק לגבי מונופולין.

רק באותו השלב ניתן יהא לבחון את מידת הפגיעה בחופש העיסוק שתגרם לעוררת עקב אותן הוראות, ורק אז ניתן יהא לשקול אם מידת הפגיעה עולה על הנדרש בשים לב לנסיבות הכרוכות בכך. מכאן עולה, שטענת המידתיות איננה נוגעת לשלב זה של הדיון, ואין בה כדי לפגוע בהכרזה עצמה משהתמלאו הדרישות הקבועות לעניין זה בסעיף 26 לחוק.

אפילו תאמר שגם בהכרזה עצמה יש כדי לפגוע בעוררת, ולו פגיעה ראייתית, בהקימה כנגדה חזקה בדבר היותה בעלת מונופולין, גם אז אנו סבורים שפגיעה זו הינה "לתכלית ראויה ובמידה שאיננה עולה על הנדרש".

העדר הנמקה

31. הטענה להעדר הנמקה מושתתת על כך שהממונה לא נימק את הכרזתו, אלא הסתפק, לטענת העוררת, ב"הודעה סתמית", וכי כל מה שנאמר בעניין זה בהכרזה הוא:

"אכן, במקרים ראויים, אנו חושבים כי הטלת פיקוח לפי חוק ההגבלים העסקיים על חברת בזק עשוי להידרש על מנת להגן על אינטרס הציבור".

לטענת העוררת, לא היה הממונה רשאי להסתפק באמירה "סתמית" זו כלשונה, אלא היה עליו לפרש בהכרזה מהם אותם מקרים בה קיים צורך, לדעתו, להטיל על העוררת פיקוח על-פי חוק ההגבלים העסקיים, ומדוע ראויים אותם מקרים שיינקטו בהם הליכי ההגנה הקבועים בחוק.

לשון אחר, קביעת הממונה צריך שתגלה את ה"צורך" שבהכרזה, ומשלא פורט צורך זה, דינה של ההכרזה כאילו לא נומקה.

תשובת הממונה לטענה זו היא כי מלכתחילה, ובמהלך המגעים שקיים עם ב"כ העוררת, לא חלקה העוררת, בתגובתה על פניית הממונה, על עצם היותה מונופולין כהגדרתו בחוק, ולאור כך לא היה צורך כי הממונה ייכנס במסגרת ההכרזה לנושאים שלא הועלו כלל על ידי העוררת בתגובתה. טענתה היחידה של העוררת באותו השלב הייתה שאין להחיל עליה את פרק המונופולין שבחוק לאור כפיפותה למשטרם של דיני הבזק, ולטענה זו התייחס הממונה בהכרזה.

טענה זו מקובלת עלינו. אשר לטענת ה"צורך" בהכרזה, כפי שצינו לעיל, די לשם הנמקת ההכרזה בקיומם של התנאים הנדרשים לכך על-פי החוק. במצב דברים כזה, יצא הממונה ידי חובת ההנמקה, כאשר ביסס את ההכרזה על קיומן של הדרישות הסטטוטוריות.

בנוסף על כך התייחס הממונה בהכרזה גם לטענותיה של העוררת בנושא עצם תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים עליה, הגם שכמובן לא באותו רוחב ופירוט אליו גלשו שני הצדדים במסגרת טיעוניהם בפנינו, ובכך הוא יצא ידי חובת ההנמקה.

כיבוד הדדי בין רשויות המדינה

32. טעם נוסף בשלו היה על הממונה להימנע מההכרזה נעוץ, לטענת העוררת, בעקרון הכיבוד ההדדי בין רשויות המדינה. לעניין זה, מזכירים ב"כ העוררת את קביעתו של בית המשפט העליון, על פיה "... דורשים יחסי הגומלין הראויים בין רשויות המדינה, שרשות אחת לא תוכל להתעלם מהחלטתה של רשות אחרת, שכבר ישבה על אותה מדוכה, מתוקף סמכות שניתנה לה בחוק מפורש ומפורט ולעשות את ההחלטה פלסטר" (בג"צ 301/96 **עזרה נגד מנהל משרד הרישוי** פד"י כא (1) 128).

עקרון הכיבוד ההדדי שבין רשויות המדינה, כבודו במקומו מונח, אך איננו רואים כיצד ניתן לראות בהכרזה משום מעשה העושה את החלטת רשויות הבזק "פלסטר". קשה לנו עוד יותר לראות את הטעם שבנימוק זה לאור העובדה כי מנכ"ל משרד התקשורת עצמו הודיע לממונה על

ההגבלים העסקיים, כי מקובלת עליו הכרזת העוררת כבעלת מונופולין לפי חוק ההגבלים העסקיים.

הגדרת תחומי ההכרזה

33. טענתה האחרונה של העוררת הייתה כי הממונה לא הגדיר בהכרזתו את אותם תחומים שבהם הוא הכריז על בזק כעל בעלת מונופולין. לטענתה, נוסחו תחומים אלה בצורה סתומה ולאקונית, באופן המקשה על בזק ליתן לגביהם התייחסות קונקרטית ושלמה, וללא פירוט המתייחס, למשל, לשוק הרלוונטי בכל תחום, ולמכלול הגורמים הפועלים בו.

ב"כ הממונה טוען כי ב"כ העוררת עצמה - עורכת דין אורדן - לא העלתה במכתב תגובתה לממונה כל טענה בקשר לאי בהירות או אי הגדרה מספקת של התחומים נשוא ההכרזה. תשובה זו יכולה לתמוך בטענה כי מדובר בתחומים המוגדרים היטב, וכי אין לעוררת כל קושי בהבנת תחומי ההכרזה. מאידך, אין בנימוק זה כדי להכשיר הכרזה בלתי ברורה. עוד טוען הממונה כי השאלות שמעוררים בהקשר זה ב"כ העוררת, הנן שאלות תיאורטיות שאין להן השלכה מעשית, ככל שמדובר בשאלת קיומו של המונופולין שבידי העוררת.

התחום הראשון שלגביו הוכרזה בזק כבעלת מונופולין הוגדר בהכרזה כ"שירות טלפוני בסיסי". לטענת בזק, תחום זה - כיתר התחומים - אינו מוגדר בחוק הבזק, וכי כלליות ההגדרה, כמו גם היקפה, מחייב הבהרה.

מקובלת עלינו לעניין זה תשובתו של ב"כ הממונה, כי המונח "שירות טלפון בסיסי", גם אם הוא איננו מוגדר בחוק הבזק, הרי שהוא מוגדר ברשיון הכללי של העוררת. בנסיבות אלה, קשה לנו לראות כיצד ניתן לטעון לאי בהירות בתחום פעילות זה שנקבע ברשימה של העוררת. העוררת מעלה בהקשר זה שאלות נוספות כמו: מהו המדד עליו התבסס הממונה בקביעתו, מספר הלקוחות, או התשלום בגין השירות? ואולם, בצדק מציינ ב"כ הממונה, כי אין כל נפקות לשאלה זו, כל עוד אין בצידה טענה כי השימוש במדד כזה או אחר היה משנה את התוצאה, דהיינו, היה מקטין את נתח השוק של העוררת אל מתחת לזה הנדרש על-פי החוק כדי להכריז עליה כבעלת מונופולין בתחום זה. ב"כ העוררת לא העלו טענה כזו.

שאלה נוספת אותה מעלים ב"כ העוררת בהקשר זה היא האם כולל תחום זה גם את הטלפון הסלולרי, תחום שבו פועלים כיום שני מפעילים - חברת פלאפון וחברת סלקום, וצפויה הצטרפותו של מפעיל שלישי בעתיד.

נראה כי שירות הטלפון הסלולרי אכן נופל כיום במסגרת "שירות טלפון בסיסי". אולם, העובדה שחל גידול רב בהיקפו של שירות זה, כמו גם העובדה שמדובר בשירות הניתן על-ידי חברות פרטיות המתחרות בבזק, אינה נוגעת לעניין הגדרתו של תחום פעילות זה, אלא לשאלה האם מקיימת בזק בידה עדיין מונופולין גם בתחום זה. העוררת לא טענה כי הכללת שירותי הטלפון הסלולריים בתחום זה עשויה להקטין את הנתח שהיא מרכזת בידה בתחום פעילות זה אל מתחת

לדרישת המינימום הסטטוטורית, כך שאין טענה גם מצידה כי אין היא מהווה עוד מונופולין בתחום שירות הטלפון הבסיסי.

שאלות נוספות מעלה העוררת לגבי הכללתן בתחום זה של רשתות תקשורת פרטיות פנימיות המותקנות בחצרי לקוחות גדולים (נס"ר) או קווי נל"ן (נקודה לנקודה). תשובתו של ב"כ הממונה, כי תחומים אלה אינם מהווים, ככלל, תחליף לרשת הטלפונים הכללית של העוררת, נראית בעינינו סבירה (גם ב"כ העוררת לא חלקו עליה בתשובתם). בכל מקרה, גם כאן לא עלתה הטענה כי הכללתו של שירות זה, יש בה כדי לשנות את מעמדה המונופוליסטי של בזק בתחום זה.

התחום השני בהכרזה מוגדר כ"מתן שירותי תשתית התקשורת". גם תחום זה מוגדר ברשיון הכללי של העוררת. עם זאת, מעלה העוררת גם בנושא זה שאלות שונות, כגון: האם כוללת ההגדרה, למשל, גם את רשת הכבלים של בעלי הזיכיונות לטלוויזיה בכבלים, והיא מעלה בהקשר זה את האיום המופעל עליה לפתיחת שוק הטלפוניה בפני חברות הכבלים. ואולם, כפי שנאמר לעיל, האיום התחרותי כשלעצמו, גם אם הוא קיים, אין בו כדי לשנות את נתח השוק הנוכחי של העוררת בתחום זה, שהוא הרלוונטי להגדרת המונופולין על פי החוק. אשר לרשת הטלפונים הסלולריים, גם כאן לא העלתה העוררת את הטענה כי הבאתה של זו בגדרו של תחום זה תשנה את מעמדה המונופוליסטי בו. הוא הדבר גלבי רשתות נוספות הנזכרות על ידי העוררת, כמו אלה של סלקום, חברת החשמל ורכבת ישראל, אשר מניחה רשת סיבים אופטיים לאורך מסילות הרכבת.

תחום המונופולין השלישי על-פי ההכרזה הוגדר כ: "מתן שירות בינלאומי, דו-כיווני בלתי מסווג". כאן מבססת העוררת את טיעוניה בעיקר על ההצטרפות הקרובה לשוק זה של מפעילים נוספים, והיא טוענת, כי התחרות בתחום זה צפויה להיות גבוהה, במיוחד נוכח כניסה בו-זמנית של שני מפעילים, על-פי מכרז שהוצא על ידי משרד התקשורת.

אולם, טענה זו איננה מתייחסת לאי בהירות שבהגדרת תחום המונופולין נשוא ההכרזה, לא לכך שהתהליך הצפוי עקב פתיחתו של שוק זה לתחרות מיתר את ההכרזה, שכן בזק תמצא עצמה במהרה בשוק תחרותי ביותר, מה שייתר נקיטת אמצעים כלשהם על פי חוק ההגבלים העסקיים. טענה זו, כפי שפורט לעיל, אינה מקובלת עלינו.

יתרה מזאת, גם ההנחה הסבירה, כי מדובר בתחום העומד להפוך לתחום תחרותי ביותר, אין בה כדי לייתר את ההכרזה. גם אם המרכז בידו שליטה בלמעלה מ- 50% מהשוק, יכול עדיין להיות נתון בשוק תחרותי, כאשר המתחרים מרכזים בידיהם יחדיו נתח שוק הנופל מ- 50%. מצב דברים כזה, כפי שכבר ציינו לעיל, רק מגביר את הצורך בהכרזה, שכן, בשוק כזה קיים חשש שבנוסף לפגיעה בלקוחות (העשויה להתקיים גם בשוק בו שליטתו של בעל המונופולין הינה מלאה) יפגע בעל המונופולין גם במתחריו.

בשלב זה, אין כל אפשרות לחזות כיצד יתפתח שוק השירות הבינלאומי בעקבות הצטרפותם של מפעילים נוספים. כיום, אין חולק על כך שחלקה של בזק בתחום זה עומד על 100% או קרוב לכך, ובשלב זה לא ניתן לצפות האם ייפול חלקה של העוררת בעקבות התחרות הצפויה בתחום זה אל

מתחת לשיעור המינימלי הקבוע בחוק. בכל מקרה, אם כך יקרה, תוכל העוררת לבקש להסיר מעליה את ההכרזה בתחום זה, שהרי ידוע כי מדובר בנושא דינמי, ותאגיד, שכיום הוא בעל מונופולין, עשוי ל"אבד" את שליטתו בשוק בעתיד, דבר אשר יחייב את ביטול ההכרזה.

אשר לטענה כי בזק העבירה או עומדת להעביר את השירותים בתחום זה לחברת בת, הרי שעל פי סעיף 26(ו) לחוק, "אדם" כמשמעותו בהגדרת מונופולין, הינו - לרבות חברה ובנותיה.

התחום הרביעי בו הוכרזה העוררת כבעלת מונופולין הוגדר בהכרזה כ"שירותי העברה ותמסורת של שידורים לציבור".

טענתה העיקרית של העוררת בנושא זה היא כי בתחום הפעלת מערך משדרי הרדיו והטלוויזיה מהווה העוררת רק קבלן ביצוע עבור רשות השידור משמע, שירותי ההעברה והתמסורת לציבור שאותם מבצעת העוררת אינם מתבצעים לצרכיה היא, אלא עבור רשות השידור. עוד נטען כי תחום זה של פעילות העוררת אינו מאוזן מבחינה כלכלית, הוא גורם לה הפסדים, והיא אינה מעוניינת כלל לתפעל אותו בנסיבות אלה.

אולם, העובדה שהעוררת משמשת בעניין זה קבלן עבור גוף אחר, או שנגרמים לה הפסדים מפעילותה בתחום זה, איננה רלוונטית לעניין ההכרזה. לנושא של העברת השידורים לציבור באמצעות הטל"כ התייחסנו לעיל.

34. לאור האמור, אנו דוחים את הערר, ומאשרים את הכרזתו של הממונה כי בזק הינה בעלת מונופולין בארבעת התחומים שפורטו בהכרזה.

הממונה לא ביקש לפסוק לטובתו הוצאות.

אנו מודים לב"כ הצדדים: עו"ד גושן שייצג בפנינו את הממונה, ועורכי הדין בכר, אייל-בוגר ופז שייצגו את העוררת, על טיעוניהם המקיפים והמפורטים, אשר סייעו בידנו בבירור וליבון הסוגיות שנידונו בתיק זה.

**ניתן היום, א' באייר תשנ"ז (8.5.97), בהעדר הצדדים.
המזכירות תמציא העתק מפסק הדין לב"כ הצדדים.**

עו"ד ש. פורים
חבר

פרופ' א. פרידמן
חבר

י. עדיאל, שופט
משנה לאב"ד