

בתי המשפט

<u>ערר 1/01</u>		<u>בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים</u>	
09/06/2003		לפני:	כבוד השופט יהונתן עדיאל - אב בית הדין עו"ד יוסי שפירא - חבר מר אבי אקשטיין - חבר

בעניין: **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**
העוררת ע"י ב"כ עו"ד וינשטוק-זקלר ושות'

- נ ג ד -

הממונה על ההגבלים העסקיים
הממונה ע"י ב"כ עו"ד גל רוזנט
 מרשות ההגבלים העסקיים

החלטה

1. ביום 11.12.00, הכריז הממונה על ההגבלים העסקיים מכוח סמכותו לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, (להלן: "החוק"), על חברת "בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ" (להלן: "בזק"), כבעלת מונופולין בתחום: "תשתית בזק למתן שירותי גישה בקצב מהיר באמצעות ספקי אינטרנט" (להלן: שירותי גישה מהירה" או "שירותי אינטרנט רחב פס").

בהכרזתו פירט הממונה את טעמי ההכרזה, בכלל זה הטעם, שבעקבות הרישיון שהעניק שר התקשורת לחברת בזק מיום 6.11.00 למתן שירותי גישה בקצב מהיר באמצעות ספקי אינטרנט, "נהייתה חברת בזק לגוף היחיד במדינת ישראל הרשאי, בשלב זה, לספק שירותי גישה בקצב מהיר באמצעות ספקי אינטרנט".

2. ביום 10.1.01 הגישה בזק ערר על ההחלטה. בזק ביססה את הערר על טעמים מטעמים שונים. בין היתר היא טענה כי: בזק איננה מחזיקה בידה ריכוז של יותר ממחצית ממתן שירותי גישה בקצב מהיר בענפים הרלוונטיים (כלומר, בזק איננה בעלת מונופולין); הממונה הפעיל סמכותו בחוסר סבירות קיצונית, תוך הפלייה פסולה ובהתבסס על שיקול זר; הממונה שלל מבזק את זכות הטיעון; הגדרת התחום שבו הוכרזה בזק כבעלת מונופולין איננה סבירה; טעמי הממונה שביסוד ההכרזה הינם בלתי סבירים ועוד.

לצורך הבקשה שלפנינו, חשוב לציין, שכל טעמי הערר של בזק נסמכו על המצב העובדתי כפי שהיה בעת ההכרזה.

3. במהלך דיון מוקדם שקיים בתיק זה העלה ב"כ העוררת בקשה חדשה, שזכרה לא בא בערר: לבטל את ההכרזה על בסיס העובדה שבינתיים, לאחר ההכרזה, ניתנו רישיונות לחברות הכבלים, לפיהן הן הורשו לתת את אותו שירות - גישה בקצב מהיר באמצעות ספקי אינטרנט - שבגינו הוכרזה בזק כבעלת מונופולין. התפתחות זו, טוען ב"כ העוררת, שומטת את הבסיס תחת ההכרזה. כדבריו: "היות שהעובדה היחידה שעליה סמך הממונה החלטתו להכריז על בזק כעל בעלת מונופולין, היא העובדה שבזק הוא הגוף היחיד במדינת ישראל המורשה לעת הזו לפעול בתחום תשתית בזק למתן שירותי גישה בקצב מהיר, הרי שהתשתית העובדתית של ההכרזה איננה תקפה, ויש לבטל את ההכרזה".

4. ביום 15.8.02 הגיש הממונה תשובתו לבקשתה האחרונה של העוררת. ביום 24.9.02 הגישה בזק תגובתה לתשובת הממונה.

בכך לא תמו חילופי כתבי הטענות בסוגיה זו, וביום 2.10.02 הגיש הממונה בקשה נוספת, לסלק על הסף את תגובתה של בזק מיום 24.9.02.

5. במסגרת ההחלטה הנוכחית, נתייחס רק לחלק מטענות הצדדים ולא נדון בכל הטענות שהעלו הצדדים בכתבי טענותיהם, טענות שחלקן, אין מקומו במסגרת הליך ביניים זה.

6. הבקשה הנוכחית, לביטול ההכרזה על יסוד שינוי נסיבות הכרוך בכניסתן לשוק של חברות הטלוויזיה בכבלים, מושתתת על עובדות שהתרחשו לאחר ההכרזה.

בהקשר זה נפלו חילוקי דעות בין הצדדים לגבי המועד בו תבחן התשתית העובדתית הרלבנטית לבחינת הערר. לדעת הממונה, במסגרת ערר על הכרזתו של אדם כבעל מונופולין, ניתן לבחון את נתח השוק של בעל המונופולין המוכרז גם בהתייחס לתקופות מאוחרות ממועד ההכרזה. מנגד, דווקא העוררת, אשר סומכת את הבקשה הנוכחית על שינוי בנסיבות אשר התרחש לאחר ההכרזה, טוענת שיש לבסס את הבקשה על נתח השוק של בעל המונופולין כפי שהיה בעת ההכרזה.

7. בנושא זה אנו חולקים על דעתו של הממונה. ככלל, בכפוף לאמור בהמשך ובהעדר הסכמה בין הצדדים לגבי מועד שונה, תבחן ההכרזה על פי נתח השוק של בעל המונופולין המוכרז והתשתית העובדתית הנוספת הנוגעת לעניין לעת ההכרזה. אנו ערים לכך, שנושא זה מעורר קושי בשל חלוף הזמן בין ההכרזה לבין בירור הערר ומתן פסק הדין. אולם, בקושי זה אין כדי להצדיק בירור הערר על בסיס תשתית עובדתית שונה מזו שהייתה קיימת במועד ההכרזה. זאת, משני טעמים. ראשית, הערר מוגש על ההכרזה, וזו מושתתת על המצב העובדתי נכון למועד נתינתה. לפיכך, איננו רואים כיצד ניתן לתקוף את ההכרזה על יסוד תשתית עובדתית שאינה רלבנטית למועד ההכרזה. שנית, בהעדר הסכמה בין הצדדים, יקשה על בית הדין לקבוע נקודת זמן שונה ממועד ההכרזה, שבה ייבחן נתח השוק של בעל המונופולין המוכרז. קיימות בעניין זה מספר אפשרויות: מועד הגשת הערר, מועד הצגת הראיות על ידי הצדדים (שאף הוא עשוי להתמשך על פני תקופה ארוכה ולאפשר הצגת ראיות, למשל סקרי שוק, המתייחסות למועדים שונים), ואולי אף מועדים נוספים. הבחירה

בכל אחד ממועדים אלה, עשויה להביא, לפחות במקרים גבוליים, למדידת נתחי שוק שונים.

לעניין זה אין כל קשר לכך שבית הדין דן בערר מחדש.

מכאן לא נובע שבעל דין איננו יכול להיזקק, במהלך הבאת ראיותיו, לראיות המתייחסות למועדים מאוחרים ממועד ההכרזה. בעניין זה מקובלת עלינו גישתו של ב"כ בזק, שאין לערב בין המועד לבחינת תקיפותה של ההכרזה, לבין השאלה מהן הראיות הכשורות לבוא בפני בית הדין. אכן, פעמים אין בידי בעלי הדין (בייחוד העורר) ראיות אחרות, והם נזקקים, בהכרח, לראיות שלוקטו בתקופות מאוחרות ממועד ההכרזה. אולם ראיות כאלה רלבנטיות רק ככל שיש בהן כדי ללמד על המצב העובדתי, בהתייחס לנתח השוק של בעל המונופולין או בנוגע לנסיבות רלבנטיות אחרות, לעת ההכרזה, ואין בהן כדי לשנות את נקודת ההתייחסות בבחינת העובדות הרלבנטיות, שהיא מועד ההכרזה.

לנושא זה אין נגיעה גם לסוגיה נוספת שמעלה הממונה בסיכומיו, שעניינה בשאלה האם הממונה יכול להכריז על אדם כבעל מונופולין עוד בטרם החל האחרון במתן השירות נשוא ההכרזה, על יסוד הטענה, שזה שולט במקור ההספקה של השירות הנדון ונהנה עקב כך מכוח שוק המאפשר לו לפגוע בתחרות, גם אם טרם החל בפועל בהספקת השירות. תהא התשובה לשאלה זו אשר תהא (ולאור הסכמתה של בזק כי סיפקה שירותים כאלה 21 ימים לפני מועד ההכרזה, דומה שהדיון בשאלה זו מיותר), אין בכך כדי לפגוע במסקנה דלעיל, לפיה נקודת ההתייחסות העובדתית בקביעת היותו של אדם בעל מונופולין, בין שהיא מבוססת על הספקה בפועל של הנכס או השירות ובין שהיא מבוססת על פוטנציאל ההספקה ועל קיומו של כוח שוק עקב השליטה על מקור ההספקה, תבחן למועד ההכרזה.

8. יוצא מכלל זה הנה בקשה לביטול ההכרזה על יסוד שינוי בנסיבות שהתרחש לאחר ההכרזה. שינוי הנסיבות היותר שכיח הוא שינוי אשר מביא להקטנת נתח השוק של בעל המונופולין המוכרז אל מתחת לסף הנדרש לצורך ההכרזה. בקשה כזאת מבוססת על עובדות ושיקולים שונים מאלה שעליהם ביסס הממונה את ההכרזה, ואין בה, למעשה, משום תקיפה ישירה של ההכרזה עצמה. בקשה מסוג זה אף אינה נמנית, באופן מפורש, על ההליכים שהוגדרו בחוק כהליכים בהם מוסמך בית הדין לדון. עם זאת, הממונה אינו מעלה טענת העדר סמכות, ואף אנו נצא מההנחה שבית הדין מוסמך לדון בבקשה מעין זו, במסגרת סמכותו לדון בערר על ההכרזה.

9. בקשה כזו, בהיותה מבוססת על שינוי בנסיבות ועל עובדות שהתרחשו לאחר ההכרזה, מחייבת הגשת בקשה מסודרת הנסמכת על עילה חדשה, שונה מהעילה נשוא הערר הנוכחי, ומושתתת על תשתית עובדתית שונה מזו שעליה בוססה ההכרזה. בקשה כזאת לא הוגשה על ידי בזק.

10. עם זאת, בנסיבות המיוחדות של המקרה שלפנינו, שבו חלפה, מסיבות פנימיות של בית הדין, תקופה ארוכה מאז פתיחת ההליך, תוך שינויים שחלו (פעמיים), בהרכב בית הדין (כאשר עתה, לאחר ההחלטה על מינויו של עו"ד שפירא כשופט, צפוי שינוי נוסף בהרכב בית

הדין), ובהתחשב בהיקף המוגבל של הטענה, כפי שיפורט בהמשך, לא נדחה את הבקשה רק מטעם זה.

11. בהקשר האחרון נציין, שחרף העובדה שהבקשה הנוכחית לביטול ההכרזה מבוססת על עובדות שהתרחשו לאחר ההכרזה, העוררת אינה טוענת, ששינוי זה הביא להקטנת נתח השוק שלה אל מתחת לסף המצדיק את ההכרזה. טענה כזאת, אילו נטענה, הייתה מעוררת שאלה ראייתיות שהייתה מחייבת בדיקת נתח השוק של העותרת לעת הזו, בהתחשב בשינוי מבנה השוק הנובע מכניסתם לשוק של מתחרים חדשים.

טענתה של העוררת, היא שעצם השינוי בנסיבות, המתבטא בכך שכיום, לאחר כניסתם של מתחרים חדשים לשוק, בזק אינה עוד המתחרה היחיד בשוק, מחייב, כשלעצמו, את ביטול ההכרזה. זאת, לפי הטענה, ללא כל קשר להשפעה הנודעת לכניסתם של המתחרים החדשים על נתח השוק של העוררת. טענה זו מבוססת על כך, שההכרזה בוססה על כך שבזק הייתה (נכון לאותה עת) המתחרה היחידה בשוק, מצב שהשתנה עקב כניסתם לשוק של מתחרים חדשים.

12. טענה זו של בזק איננה מקובלת עלינו. בשינוי נסיבות בלבד אין כדי להביא לביטול ההכרזה. לצורך ביטול ההכרזה, יש להוכיח שבעקבות השינוי ירד נתח השוק של בעל המונופולין אל מתחת לסף המאפשר את הכרזתו כבעל מונופולין. לפיכך, שינוי בנסיבות יוכל להביא לביטול ההכרזה, רק אם יש בו, על פניו, כדי להעיד על הקטנת נתח השוק של בעל המונופולין אל מתחת לסף המאפשר על פי החוק להכריז עליו כבעל מונופולין. אם לא תומר כן, עשוי כל שינוי בנסיבות להביא לביטול ההכרזה, תוצאה שאינה מתקבלת על הדעת. טול, למשל, הכרזה על עיתון כעל בעל מונופולין, אשר מתבססת, בין היתר, על כך שלעת ההכרזה פעלו בשוק, בנוסף על אותו עיתון, 5 עיתונים אחרים שנתח השוק המצרפי של כולם אינו עולה על 30%. האם העובדה שבינתיים נוספו לשוק שני עיתונים חדשים, יכולה כשלעצמה, בלא לבדוק את נתח השוק הנוכחי של המתחרים, להצדיק את ביטול ההכרזה? הוא הדבר בכניסה לשוק של מתחרים חדשים במקום שלעת ההכרזה היה בעל המונופולין המתחרה היחיד בשוק.

13. אכן, הנסיבות המשתנות יכול שתהיינה בעוצמות שונות. אין דומה, בדוגמא לעיל, תוספת עיתון חדש אחד לתוספת ארבעה עיתונים. מקובל עלינו גם שפעמים, השינוי בנסיבות הוא בעוצמה כזאת, שיש בו, כשלעצמו, כדי להצביע על אובדן המעמד המונופוליסטי. דוגמא קיצונית לכך, היא הדוגמא שבה בעל המונופולין הפסיק את פעילותו העסקית או צמצם אותה בהיקף כזה, אשר מצביע על פניו שנתח השוק הנוכחי שלו אינו עולה עוד על 50%.

14. אולם, עניין זה נוגע לפן הראייתי הכרוך בשינוי הנסיבות, היינו, לשאלה האם יש בשינוי זה כדי להעיד על הקטנת נתח השוק של בזק עד כדי אובדן המעמד המונופוליסטי בתחום הרלבנטי. נושא זה לא נטען ולא נדון, כאמור, במסגרת הבקשה הנוכחית. עם זה נציין, שבמקרה שלפנינו, כניסתן של חברות הטלוויזיה בכבלים לשוק, אינה מעידה על פניה שעקב כך ירד חלקה של העוררת בשוק אל מתחת לנתח השוק הנדרש לצורך ההכרזה. שהרי ייתכן שחברות הטל"כ הצליחו לתפוס נתח שוק שאינו עולה על 5% או 25% ואולי אף 30%.

לפיקד, שינוי זה, הכרוך בכניסתם של מתחרים חדשים לשוק, אינו שולל את האפשרות שגם כיום מחזיקה בזק בנתח שוק העולה על 50% ומתקיימים בה התנאים להכרזתה כבעלת מונופולין על פי החוק.

15. בזק מוסיפה וטוענת, שבירור הערר על ההכרזה המקורית אינו רלבנטי עוד, שכן בהתחשב בשינוי הנסיבות, אותו ערר הפך לערר תיאורטי. העיון בנימוקי הערר מגלה שלפחות חלק מהם, למשל, הטענה לגבי הגדרת השוק נשוא ההכרזה או הטענה בדבר הפגיעה בזכות הטיעון של העוררת, יש להן נפקות לעניין תקפות ההכרזה גם כיום. הרלבנטיות של שאלות אלה אינה נפגעת רק משום שבינתיים צמח נימוק נוסף, שדי בו, אם יתקבל, לחרוץ את גורלו של הערר או להביא לביטולה של ההכרזה. מכל מקום, אם בזק מחזיקה בדעה זו שמדובר בערר תיאורטי, שומה עליה לבקש את מחיקתו.

16. התוצאה היא שהבקשה נדחית.

17. חרף תוצאה זו נציין, שב"כ בזק הצהיר במהלך הדיון שאם בדיקת הממונה תעלה, שגם לאחר כניסתן של חברות הטל"כ לשוק זה, נתח השוק של בזק עדיין עולה על 50%, הוא לא יעמוד על בירור הערר. כפי שאנו מבינים, גם על הממונה מקובל שכניסתן לשוק של חברות הכבלים מחייבת בחינה חוזרת של נתח השוק של בזק. המחלוקות שנפלו בין הצדדים התייחסו, לאור הודעה זו של בזק, לנושאים הבאים: המועד בו יערוך הממונה את בדיקתו החדשה; האם בינתיים תמשוך בזק את הערר, או שתשאיר אותו תלוי ועומד עד לבירור תוצאות הבדיקה ומשך הזמן שבו יקיים הממונה את בדיקתו;

אכן, לאור הודעתו של ב"כ בזק, בירור הערר עשוי להיות תיאורטי. בנסיבות אלה נבקש לחזור גם כאן על המלצתנו לצדדים, לפיה הממונה יקיים בחינה חוזרת של נתח השוק של בזק בחלוף שנה ממועד כניסתן של חברות הטלוויזיה בכבלים לשוק. עם קבלת הודעתו של הממונה על תחילת הבדיקה תמשוך בזק את הערר. בכך לא יהא כדי לפגוע בזכותה של בזק להגיש את הערר מחדש בכל עת ולא תטען נגדה כל טענה כלשהי בגין חלוף הזמן מאז משיכת הערר ועד לחידושו. איננו רואים מקום לדורש מהממונה להתחייב מראש על מועד סיום הבדיקה, וחזקה עליו שיקיים את הבדיקה ביעילות ובמימנות הנדרשים, בשים לב למטלות האחרות המוטלות עליו ושאר נסיבות העניין.

ניתנה היום, ט' בסיון תשס"ג (9 ביוני 2003), בהעדר ב"כ הצדדים.

המזכירות תמציא העתק ההחלטה לב"כ הצדדים.

מר א' אקשטיין חבר	י' שפירא, עו"ד חבר	י' עדיאל, שופט אב בית הדין
----------------------	-----------------------	-------------------------------