



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1  
2  
3

לפני: כב' השופטת מיכל אגמון-גונן

### המבקשים:

1. עו"ד שלומי כהן  
המבקש בת"צ 42754-05-11  
ע"י ב"כ עו"ד אמיר ישראלי
2. גל אבידור
3. אלכסנדר סגלוביץ
4. רועי הורוביץ
5. תמר אליאב
6. מיכל דותן-לוי
7. גלית פיינשטיין  
המבקשים בת"צ 15868-08-12  
ע"י ב"כ עו"ד ירון אלון
8. רועי אייזיק  
המבקש בת"צ 43187-10-12  
ע"י ב"כ עו"ד תומר אפלדורף
9. אמיר פרידמן  
המבקש בת"צ 53288-11-13  
ע"י ב"כ עו"ד אמיר ישראלי
10. דני יאסן
11. עליזה יאסן  
המבקשים בת"צ 7263-12-13  
ע"י ב"כ עו"ד אמיר ישראלי
12. גיל דור  
המבקש בת"צ 6121-09-14  
ע"י ב"כ עו"ד תומר אפלדורף
13. רני בלוך  
המבקש בת"צ 5172-05-15  
ע"י ב"כ עו"ד גיל רון
14. יהודית דה לנגה  
המבקשת בת"צ 5208-05-15  
ע"י ב"כ עוה"ד גיל רון, אהרון רבינוביץ ומיכל יודלמן  
הרצברג
15. אפרת מזרחי
16. משה מזרחי  
המבקשים בת"צ 62371-06-15  
ע"י ב"כ עו"ד קובי קול



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

17. יהודית דה לנגה  
המבקשת בת"צ 48167-07-15  
ע"י ב"כ עו"ד עו"ד שלומי מושקוביץ

נגד

### המשיבות:

1. סלקום ישראל בע"מ  
המשיבה בת"צ 42754-05-11  
ע"י ב"כ עוה"ד רות לובן ואלעד אופק

2. 013 נטוויז'ן בע"מ  
3. 012 סמייל טלקום בע"מ  
המשיבות בת"צ 15868-08-12  
נטוויז'ן משיבה גם בת"צ 6121-09-14  
נטוויז'ן ע"י ב"כ עוה"ד רות לובן ואלעד אופק  
סמייל ע"י ב"כ עו"ד מוטי ארד

4. בזק בינלאומי בע"מ  
המשיבה בת"צ 43187-10-12  
ע"י ב"כ עו"ד אייל בליזובסקי

5. פלאפון תקשורת בע"מ  
המשיבה בת"צ 53288-11-13  
והמשיבה בת"צ 5172-05-15  
ע"י ב"כ עוה"ד רון ברקמן, נחום קובובסקי, שרון  
מרקוביץ, ניר זקלר ורחל לניר

6. הוט מערכות תקשורת בע"מ  
המשיבה בת"צ 7263-12-13  
ע"י ב"כ עוה"ד אורית מלכא ועומר שומר

7. חברת פרטנר תקשורת בע"מ  
המשיבה בת"צ 5208-05-15  
ע"י ב"כ עוה"ד ירון רייטר ואריאלה אבלוב

8. די.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ - YES  
המשיבה בת"צ 62371-06-15 ובת"צ 48167-07-15  
ע"י ב"כ עוה"ד גיורא ארדינסט, הדס בקל וגיל לבקוביץ



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

### פסק דין

בשנת 2012 דיברו כל הכותרות על "מהפכת הסלולר". הכוונה הייתה להכניס מפעילים נוספים, להקל על ייבוא מכשירים מחו"ל, לפתוח את השוק לתחרות, ולהוזיל את המחירים לצרכנים. מהפכה דומה נעשתה עם כניסת הכבלים והלווין בתחום הטלוויזיה הרב ערוצית. כך קרה גם בתחום ספקי הגישה לאינטרנט. כיום יש חברות רבות בכל התחומים, וחלקן מציעות שירותים משולבים. חבילות הכוללות טלוויזיה, אינטרנט וטלפון (קווי וסלולרי).

המבקשים טוענים כי כל החברות המשיבות בבקשות נותנות תעריף מוזל ללקוחות מתמקחים המאיימים להתנתק משירותי החברה וכן ללקוחות חדשים (הטבות שלא ניתנות ללקוחות קיימים. להלן: ללקוחות מתמקחים וללקוחות חדשים). לטענתם מדובר באפליית מחירים פסולה, על פי תנאי הרישיון של החברות, מכוחן הן פועלות. רישיון הניתן להם על-פי חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב – 1982 (להלן – "חוק הבזק"), המחייב אותן לספק את השירותים ללא אפליה ובתנאים שוויוניים, ובכלל זה בתעריף אחיד לפי "סוג המנויים" שאליו שייך הלקוח.

החברות מצידן טוענות כי הן עונות על תנאי הרישיון, וכי מתן הנחות ללקוחות מתמקחים וללקוחות חדשים, עונה על הגדרת סוג מנויים, ובנוסף, מעודדת את התחרות ומוזילה את המחירים לכלל הצרכנים בשוק הטלקום.

במסגרת ההליך, הוגשו לבית המשפט עמדות המאסדרים (הרגולטורים), לעניין פרשנות הוראות הרישיונות (הדומים זה לזה בלשונם ובמהותם). עמדת משרד התקשורת הייתה כי אכן מדובר בהפרת הרישיון, וכי מדובר באפליית מחירים אסורה. מנגד, המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין, בהתבסס על עמדת הרשות לתחרות וארגוני צרכנים, הייתה בדעה כי אין מדובר בהפרת הרישיון, וכי מתן הטבות ללקוחות מתמקחים וללקוחות חדשים מועילה לתחרות בשוק, ומביאה להוזלת השירותים לכלל הצרכנים.

על כן הדיון יתמקד בשתי שאלות מרכזיות. הראשונה, מיהו המאסדר הרלבנטי לבחינת התחרות בשוק הטלקום, והשנייה, היחס בין אפליית מחירים ותחרות.

מדובר בעשר בקשות לאישור תובענות ייצוגיות אשר הוגשו לבית המשפט המחוזי בתל אביב ולבית המשפט המחוזי מרכז בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: **חוק תובענות ייצוגיות**), והדיון בהן אוחד עקב זהות בעילות התובענה ובשאלות העולות לדיון.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 המבקשים מלינים על כך, שהמשיבות מציעות לחלק מלקוחותיהן מחיר מוזל עבור שירות מסוים -  
2 בין אם עקב פניה של הלקוח אליהן, בין אם עקב פניה מצדן אל הלקוח – אולם אינן מציעות את  
3 אותו המחיר ללקוחות האחרים "מאותו סוג" עימם הן נושאות ונותנות באותה העת. כך,  
4 שללקוחות, שלטענתם, אין ביניהם שוני רלוונטי, לא מוצע מחיר אחיד עבור אותו שירות. זאת, כך  
5 נטען, בניגוד לחוק הבזק ולרישיון המשיבות, המחייב אותן לספק את שירותיהן ללא אפליה,  
6 בתנאים שוויוניים ובתעריף אחיד לפי "סוג המנוי" אליו שייך הלקוח.

7  
8 בקשות האישור עוסקות אפוא בשני תרחישים טיפוסיים: **האחד**, בו לקוחות חדשים קיבלו הטבות  
9 שונות, בעיקר מחיר נמוך יותר מהמחיר שנדרשו לשלם לקוחות קיימים עבור אותו שירות; **השני**,  
10 לקוחות קיימים שלא זכו לקבל הנחות והטבות שהוענקו ללקוחות אחרים אשר התמקחו ואיימו  
11 בהתנתקות ובעזיבת החברה. המבקשים טוענים כי בשני התרחישים כאחד מפרות המשיבות את  
12 חובתן להציע תעריפים שקופים ואחידים לכל לקוח "מאותו סוג", חובה המעוגנת הן ברישיונותיהן  
13 של המשיבות, הן בהיותן גוף שנמסר לידי משאב ציבורי, הנושא ככזה בחובות שוויון מוגברות.

14  
15 **עילות התביעה מכוחן הוגשו בקשות האישור**: הפרת חובה חקוקה, הפרת חוזה, חוסר תום לב  
16 במשא ומתן, רשלנות, עשיית עושר ולא במשפט, הטעיה והפרת חובה הגילוי. נזקם הנטען של חברי  
17 הקבוצה הינו ההפרש בין המחיר ששילמו מדי חודש לבין המחיר שהיו משלמים לו הוצעה להם  
18 ההצעה הטובה ביותר שהוצעה למנויים "מאותו סוג".

19  
20 **הסעדים** שנתבעו הם פיצוי חברי הקבוצה ומתן צווים הצופים פני עתיד לתיקונה של ההפרה.

21  
22 במסגרת ההליך, וכפי שיובהר בהמשך בהרחבה, הוגשו עמדות הרגולטורים השונים: עמדת משרד  
23 התקשורת (להלן: **משרד התקשורת**) ועמדת היועץ המשפטי לממשלה (להלן: **היועמ"ש**), וכן עמדת  
24 מועצת הכבלים והלוויין (בה מובאות עמדותיהם של רשות התחרות ושל גופים צרכניים), והללו  
25 תפורטנה בהמשך בהרחבה.

### 1. הצגת הצדדים ובקשות האישור שהוגשו

26  
27  
28 1. התובע בת"צ 42754-05-11 הינו עו"ד שלומי כהן והנתבעת הינה **חברת סלקום ישראל בע"מ**  
29 (להלן: **סלקום**). בקשת האישור הוגשה ביום 24.5.11 לבית המשפט המחוזי בתל אביב, וסכום  
30 התביעה הינו 150,000,000 ₪.

31  
32 2. התובעים בת"צ 15868-08-12 הינם גל אבידור, ד"ר אלכסנדר סגלוביץ, רועי הורוביץ, ד"ר תמר  
33 אליאב, מיכל דותן לוין ועו"ד גלית פיינשטיין והנתבעות הינן **חברת 013 נטוויז'ן בע"מ** (להלן:



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

- 1 נטוויז'ן) וחברת 012 סמייל טלקום בע"מ (להלן: סמייל). בקשת האישור הוגשה לבית המשפט
- 2 המחוזי המרכז ביום 8.8.12, וצויין בה כי סכום התביעה אינו ניתן להערכה בשלב בו הוגשה.
- 3
- 4 3. התובע בת"צ 43187-10-12 הינו עו"ד רועי אייזיק והנתבעת הינה חברת בזק בינלאומי בע"מ
- 5 (להלן: בזק בינלאומי). בקשת האישור הוגשה ביום 25.10.12 לבית המשפט המחוזי מרכז, וצויין
- 6 בה כי סכום התביעה אינו ניתן להערכה בשלב בו הוגשה.
- 7
- 8 4. התובע בת"צ 53288-11-13 הינו אמיר פרידמן והנתבעת הינה חברת פלאפון תקשורת בע"מ
- 9 (להלן: פלאפון). בקשת האישור הוגשה לבית המשפט המחוזי מרכז ביום 28.11.13 וסכום התביעה
- 10 הינו 300,000,000 ₪.
- 11
- 12 5. התובעים בת"צ 7263-12-13 הינם דני יאסן ועליזה יאסן והנתבעת הינה חברת הוט מערכות
- 13 תקשורת בע"מ (להלן: הוט). בקשת האישור הוגשה ביום 8.12.13 לבית המשפט המחוזי בתל אביב,
- 14 וסכום התביעה הינו 100,000,000 ₪.
- 15
- 16 6. התובע בת"צ 6121-09-14 הינו מר גיל דור והנתבעת הינה נטוויז'ן. בקשת האישור הוגשה ביום
- 17 2.9.14 לבית המשפט המחוזי בתל אביב, וצויין כי סכום התביעה המשווער אינו ניתן להערכה בשלב
- 18 בן הוגשה.
- 19
- 20 7. התובע בת"צ 5172-05-15 הינו רני בלוך והנתבעת הינה פלאפון. בקשת האישור הוגשה ביום
- 21 4.5.15 לבית המשפט המחוזי תל אביב, וסכום התביעה הינו 10,000,000 ₪.
- 22
- 23 8. התובעת בת"צ 5208-05-15 הינה יהודית דה לנגה והנתבעת הינה חברת פרטנר תקשורת בע"מ
- 24 (להלן: פרטנר). בקשת האישור הוגשה ביום 4.5.15 לבית המשפט המחוזי בתל אביב, וסכום
- 25 התביעה הינו 10,000,000 ₪.
- 26
- 27 9. התובעים בת"צ 62371-06-15 הינם אפרת מזרחי ומשה מזרחי והנתבעת הינה די.בי.אס שירותי
- 28 לוויין (1998) בע"מ (להלן: יס). בקשת האישור הוגשה ביום 29.6.15 לבית המשפט המחוזי מרכז,
- 29 וסכום התביעה הינו 13,000,000 ₪.
- 30
- 31 10. התובעת בת"צ 48167-07-15 הינה יהודית דה לנגה והנתבעת הינה חברת יס. בקשת האישור
- 32 הוגשה ביום 23.7.15 לבית המשפט המחוזי מרכז, וצויין בה כי סכום התביעה אינו ניתן להערכה
- 33 בשלב זה.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוד נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 כיוון שהמבקשים טוענים כי המשיבות פעלו בניגוד לתנאי הרישיונות שנינו להן, אפתח ואציג את  
2 הסעיפים הרלבנטיים ברישיונות השונים.  
3

4  
5 **2. רישיונות המשיבות**  
6 רישיונות המשיבות כולם ניתנים מכוח חוק הבזק. ספקיות שירותי טלפון, אינטרנט וסלולר  
7 מקבלות את הרישיון, על פי חוק הבזק משר התקשורת. רישיון לשידורי טלוויזיה רב ערוצית ניתנים  
8 ע"י המועצה לשידורי כבלים ושירותי לוויין (להלן: **המועצה לשידורי כבלים ולוויין או המועצה**),  
9 מכוח סעיפים 6(ה) ו-6ח לחוק הבזק. יו"ר המועצה הוא נציג שר התקשורת. להלן פירוט  
10 הרישיונות, ונוסח הסעיפים הרלבנטיים.  
11

### 12 **2.1. הרישיונות של ספקיות שירותי הגישה לאינטרנט ושל ספקיות שירותי הסלולר**

13 **2.1.א. נטוויז'ן**  
14 נטוויז'ן הינה חברה פרטית העוסקת, בין היתר, במתן שירותי גישה לאינטרנט, מכוח רישיון שניתן  
15 לה על ידי שר התקשורת בהתאם לסמכותו לפי חוק הבזק. סעיף 5.7 לרישיון, שכותרתו: **"הבטחת**  
16 **טובת מקבל השירות ותחרות הוגנת"**, קובע כדלקמן:  
17

18 **5.7.1" בפעילותו של בעל רישיון לא יהיה מעשה או מחדל העלול לפגוע בתחרות**  
19 **בתחום הבזק בכלל, ובענף האינטרנט בפרט, להגביל תחרות כאמור או לפגוע בטובת**  
20 **הציבור.**

21 **5.7.2 בעל הרישיון יספק את שירותיו לכל מקבל שירות, כולל מנויים של בעלי**  
22 **רישיון מפ"א או בעלי רישיון רט"ן אחרים, ללא אפליה ובתנאים שוויוניים, לרבות**  
23 **בתנאי השירות ובתשלומים, לפי סוגי המנויים. לעניין זה, סוג מנויים - קבוצת**  
24 **מנויים העונה למאפיינים המאפשרים לאבחנה מקבוצת מנויים אחרת".**  
25 **(ההדגשות בקו תחת לעיל ולהלן - הוספו ואינן במקור, אלא אם צויין אחרת - מ"א"ג).**  
26

27 הרישיונות ועמדות המאסדרים מתייחסים למונח רט"ן, רדיו טלפון נייד. הכוונה בכך היא  
28 לטלפונים סלולרים, אך ההבחנה היא למעשה בין הטלפון (סלולרי ושיחות לחול) ושירותי אינטרנט  
29 מזה, לבין הטלוויזיה הרב ערוצית מזה. על כן מונח זה מתייחס לכלל השירותים נשוא בקשה זו,  
30 למעט הטלוויזיה הרב ערוצית (להלן: **רט"ן**).  
31

32 נטוויז'ן הינה גם אחת מבין שמונה החברות המספקות שירותי שיחות טלפון בינלאומיות  
33 ללקוחותיהן, מכוח רישיון למתן שירותי בזק בינלאומיים (להלן: **"רישיון מב"ל"**) שניתן לה על ידי  
34 משרד התקשורת בהתאם להוראות חוק הבזק.  
35



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

סעיף 35.6 לרישיון המב"ל של נטוויז'ן קובע כדלקמן:

"החל בעל הרישיון במתן שירות כלשהו על פי רישיון זה ללקוח בישראל, הוא יעמיד שירות זה לרשותו של כל דורש, בתנאים בלתי מפלים ובתעריף אחיד לפי סוגי לקוחות או סוגים של שירותים; 'סוג לקוחות' או 'סוג שירותים' – משמעם קבוצת לקוחות או סוג של שירותים שיש במאפייניהם כדי להבחיןם באופן ענייני מקבוצה אחרת או מסוג אחר לפי העניין; ואולם אין בכך שלקוחות הם מנויים של בעלי רישיונות שונים, כדי להוות מאפיין המאפשר לאבחנם כ"סוג לקוחות".

### 2.1.ב. סמייל

סמייל מספקת אף היא, בין היתר, שירותי גישה לאינטרנט מכוח רישיון כאמור. סעיף 5.5 לרישיונה של סמייל, שכותרתו זהה לכותרת רישיונה של נטוויז'ן, קובע לאמור:

"5.5.1 בפעילותו של בעל הרישיון לא יהיה מעשה או מחדל העלול לפגוע בתחרות בתחום הבזק או להגבילה, או לפגוע בטובת הציבור.  
5.5.2 בעל הרישיון יציע, ללא אפליה, כל שירות וכל סל שירותים בתנאים שווים ובתעריף אחיד, לפי סוגי מנויים, במקומות בהם הוא מספק את השירות; לעניין סעיף זה, 'סוג מנויים' – קבוצת מנויים שיש במאפייניהם טעם סביר המצדיק את הבחנתה מקבוצה אחרת".

### 2.1.ג. בזק בינלאומי

בזק בינלאומי מספקת שירותי גישה לאינטרנט מכוח רישיון מיוחד שתחילתו ביום 4.8.09, הכולל הוראות זהות לאלו הכלולות ברישיונה דלעיל של נטוויז'ן. קודם לכן סופקו שירותי הגישה מכוח רישיון המב"ל של בזק בינלאומי, שאף הוא כולל הוראות דומות.

יצוין כי הוראות הרישיונות דלעיל דומות במהותן להוראה המקבילה בנוסח "דוגמא לרישיון מיוחד למתן שירותי אינטרנט ספק ראשי" נכון לחודש 2011, המפורסם באתר משרד התקשורת, והן עולות בקנה אחד עם מסמך "מדיניות רישוי שירותי אינטרנט" מיום 17/12/00 עליו חתם שר התקשורת (נספח 7 לבקשה).

### 2.1.ד. סלקום פלאפון ופרטנר

סלקום היא אחת מחברות הסלולר הפועלות בישראל, אף זאת מכוח רישיון שהוצא בהתאם לחוק הבזק. סעיף 60.2 לרישיון סלקום קובע כי -

"מבלי לגרוע מהאמור בסעיף 75.3, בעל הרישיון יספק שירות רט"ן וסל שירותים, כהגדרתו בסעיף 73א, לכל מבקש בתנאים שווים ובלתי מפלים ובתעריף בלתי מפלה".



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 סעיף 75.3 לרישיון סלקום קובע:

2 "בעל הרישיון יציע כל סל שירותים בתנאים שווים ובתעריף אחיד לכל סוגי  
3 המנויים. לעניין סעיף זה, 'סוג מנויים' - קבוצת מנויים שיש במאפייניה טעם סביר  
4 המצדיק את הבחנתה מקבוצה אחרת".

5  
6 יצוין כי סעיף זה הוא המשכו של סעיף 75.2 הקובע, כי:

7 "בעל הרישיון רשאי לקבוע סלי שירותים לפי סוגים של שירותים הכלולים בסל,  
8 תקופות זמן או לפי כל שיטה אחרת. בעל הרישיון רשאי לקבוע תעריף נפרד לכל אחד  
9 מהשירותים הכלולים בסל או לקבוע לו תעריף כולל."

10  
11 המונח "סל שירותים" מוגדר בסעיף 73 לרישיון:

12 "מספר שירותים המשווקים למנוי כחבילה, לה נקבע תעריף כמפורט בסעיף 75.2".

13  
14 סעיף 75.4 לרישיון סלקום, העוסק במעבר בין סלי שירותים, קובע, כי:

15  
16 "בעל הרישיון יאפשר לכל מנוי לעבור, ללא אפליה, מסל שירותים אחד לסל  
17 שירותים אחר אשר מוצע באותה עת על ידו. בעל הרישיון יכלול הוראה כאמור  
18 בהסכם ההתקשרות עם מנויו. במסגרת הוראה זו רשאי הוא לקבוע מועדים בהם  
19 ניתן יהיה לבצע מעבר כאמור, ולקבוע תנאים, לרבות תשלום, בגין ביצוע המעבר".

20  
21 הוראה רלבנטית נוספת נמצאת בסעיף 75.5 לרישיון, הקובע כי התעריף לכל שירות יקבע ביום

22 ההתקשרות ויהיה אחיד למשך כל תקופת ההתקשרות, אך בה בעת מאפשרת לבעל הרישיון:

23 "לספק את שירותיו למנוי בתעריפים זולים מאלה שנקבעו מראש בהסכם ההתקשרות במהלך  
24 תקופה מוגבלת בזמן, לכלל המנויים או לסוג מנויים".

25

26 הוראות זהות לאלו שפורטו לעיל נמצאות גם ברישיונה של פלאפון (ראו סעיפים 58.2, 74.3, 74.2,

27 74.4 ו- 74.5 לרישיונה של פלאפון), וכן ברישיונה של פרטנר (ראו סעיפים 60.2, 75.2, 75.3, 75.4 ו- 75.5

28 לרישיונה של פרטנר), אף הן ספקיות שירותי סלולר.

29

30 להשלמת התמונה חשוב להוסיף, כי בכל הרישיונות כלולות הוראות המחייבות את בעל הרישיון

31 לפרסם את תעריפיו תוך שקיפות מלאה. כך, למשל, קובע סעיף 68 לרישיון המב"ל של נטוויז'ן, כי:

32 "בעל הרישיון יעמיד לרשות כל פונה באתר האינטרנט שלו או במשרדי השירות,  
33 מידע מלא, מפורט וללא תמורה, בדבר התעריפים העדכניים לכל שירותיו; המנהל  
34 רשאי להורות לבעל הרישיון בדבר האופן והמתכונת לפרסום התעריפים כאמור".

35

36 בדומה לכך, סעיף 76 לרישיון סלקום, שעניינו ב"פרסום תעריפים", קובע כי –

37 "76.1 בעל הרישיון יעמיד לרשות כל מבקש, במשרדי השירות ובמוקדי הפניה, מידע  
38 מלא, מפורט וללא תמורה, בדבר התעריפים העדכניים לכל שירותיו לרבות התשלום





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

עבור השלמת שיחה; המנהל רשאי להורות לבעל הרישיון בדבר האופן והמתכונת לפרסום התעריפים כאמור.  
76.2 בעל הרישיון יציין בכל חשבון שיועבר למנוי את סל השירותים שעל פיו מחויב המנוי.  
76.3 המנהל רשאי לדרוש בכל עת מבעל הרישיון לקבל פירוט התעריפים הנהוגים אצלו".

הוראה זוהי לזו שברישיון סלקום מצויה אף ברישיון חברת פרטנר (סעיף 76) וכן ברישיונה של פלאפון (סעיף 75).

### 2.2. הרישיונות של ספקיות שירותי טלוויזיה הרב ערוצית

2.2.א. הוט

הוט הינה חברה רשומה בישראל, העוסקת, בין היתר, באספקת שירותי טלוויזיה רב ערוצית מכוח רישיון שניתן לה על ידי שר התקשורת בהתאם לסמכותו לפי חוק הבזק. פעילותה של הוט נמצאת תחת פיקוחה של המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין (להלן: **המועצה לכבלים ולויין או המועצה**)).

סעיף 40.3 לרישיון של הוט, אשר כותרתו "איסור התניה", קובע לאמור:  
"40.3.3. בעל הרישיון יציע לכל אחד משירותיו, ללא אפליה לכל אדם, בין אם הוא מקבל שירות מבעל רישיון אחר ובין אם אינו מקבל שירות כאמור".

סעיף 41 לרישיון, שכותרתו "רמת השירותים למנויים" קובע לאמור:  
"41.1.2. בעל הרישיון יספק את שידוריו ואת שירותי השידור בתנאים שווים ובלתי מפלים ובתעריף שאינו מפלה, ללא תלות במיקום המנוי או בעלות הייחודית למתן השידורים ושירותי השידור לכל מנוי, אולם ניתן להציע תעריפים ותנאים שונים לפי סוגי המנויים, וזאת בכפוף לאישור המועצה והמנהל יחדיו; בסעיף זה- "סוג מנויים"- קבוצת מנויים העונה למאפיינים המאפשרים לאבחן אותה מקבוצות מנויים אחרות, ואשר קיים טעם סביר לקבוע לה תנאים שונים. מבלי לגרוע מן האמור לעיל, הסכם מנוי המשמש את בעל הרישיון להתקשרות ייחודית עם סוג מנויים כפוף להוראות סעיף 40 לעיל, בשינויים המחויבים".

2.2.ב. YES

YES אף היא עוסקת באספקת שירותי טלוויזיה רב ערוצית מכוח רישיון שניתן לה על ידי שר התקשורת בהתאם לסמכותו לפי חוק הבזק, ופעילותה מפוקחת ע"י מועצת הכבלים.

סעיף 12 לרישיון של YES קובע לאמור:

"12.1.2. בלי לגרוע מהאמור בתקנה 24 לתקנות, יספק בעל הרישיון את שידוריו ושירותיו בכל אזור השירות, לכל דורש, בתנאים שווים ובלתי מפלים ובתעריף שאינו מפלה, אולם, ניתן להציע תעריפים ותנאים שונים לפי סוגי המנויים; בסעיף זה-



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

**"סוג מנויים" קבוצת מנויים העונה למאפיינים המאפשרים לאבחן אותה מקבוצות מנויים אחרות, ואשר קיים טעם סביר לקבוע לה תנאים שונים; המועצה רשאית להורות לבעל הרישיון על סוגים של טעמים ושל אבחנות אשר אין להביאם בחשבון לעניין זה וכן רשאית המועצה להורות בעניין מסוים על האחדת התעריף אם מצא [כך במקור] שנקבעו מחירים שונים על סמך טעמים פסולים או בלתי ענייניים".**

### 3. השתלשלות ההליכים בבקשות האישור

3.א. ההליך בתחילתו ביחס לשירותי טלפון סלולרי ואינטרנט

בקשות האישור הראשונות הוגשו בתחילה ביחס לחברות הסלולר ושירותי האינטרנט ונדונו בתחילה לפני כב' סגן הנשיא יצחק ענבר.

עמדת משרד התקשורת אשר ניתנה ביחס לחברות הסלולר ושירותי האינטרנט הייתה, בתמצית, כי המשיבות רשאיות לערוך אבחנה תעריפית בין לקוחותיהן, רק אם אלו משתייכים לסוגים שונים של מנויים הרלבנטיים לדפוסי הצריכה והשימוש בשירות של חברי הקבוצה (הדוגמאות שהובאו היו תכניות לחיילים וסטודנטים). כן נקבע כי אין להפלות במחירים על סמך יכולת מיקוח של לקוח או לקוח פוטנציאלי מסוים, וכי על המשיבות להציע את המסלולים והתעריפים הקיימים לכל לקוח. לעניין פלאפון וסלקום העמדה הייתה כי בהתאם לתנאי הרישיון שניתן להן, החברות רשאיות לקבוע תנאים למעבר בין תכניות שונות המוצעות למנויים, ובלבד שאלו יהיה זמינים ברורים ושקופים לכלל המנויים. עוד הובהרה עמדת המאסדר בעניין שימור לקוחות והמגבלות על מתן הטבות לצורך כך. היועמ"ש אימץ את עמדת משרד התקשורת והבהיר כי כדי להתגבר על פערים בין הלקוח לספק השירות, יש להציע מראש מספר תכניות שקופות, שיוצעו לכלל המנויים, ואין לאפשר "תפירת" עסקה לכל צרכן באופן חשאי על פי יכולת המיקוח שלו. על פי עמדת היועמ"ש, הפרת חובות השקיפות ואיסור האפליה עלולה לפגוע בתחרות.

בדיון שהתקיים ביום 30.1.14 הסכימו הצדדים בבקשות האישור שהוגשו נגד סלקום, נטוויז'ן, בזק בינלאומי וסמייל לוותר על חקירות נגדיות של המצהירים, מבלי שהדבר יהווה הודאה בטענות שבתצהירים, וביקשו להכריע בבקשות האישור על יסוד החומר שבתיקים, בצירוף השלמת סיכומים בעל פה. כמו כן הסכימו לקיים הליך של גישור, ולבוא בדברים על מנת להסכים על זהות המגשר והסכמתם קיבלה תוקף של החלטה. בהמשך, מהודעת הצדדים מיום 1.6.14 נתברר כי הגישור לא צלח.

עקב האמור נקבעו הבקשות להגשת עיקרי טיעון ולשמיעת סיכומים בעל פה. בדיונים מיום 16.9.15 ומיום 13.10.15 נשמעו סיכומי הצדדים בבקשות האישור אשר הוגשו עד אותה עת (הבקשות כנגד פלאפון, בזק בינלאומי, נטוויז'ן וסמייל וסלקום): ת"צ 53288-11-13, 43187-10-12, 15868-08-12,



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוד נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 42754-05-11, 6121-09-14. יוער כי בסיכומיהם, נוכח עמדת המאסדר, ויתרו המבקשים על חקירתו  
2 של המומחה מטעם פלאפון, מר פרלמן, בהדגישם, כי בעניין שלפנינו הסמך החוק את המאסדר  
3 לשקול ולהחליט לפי מיטב ידיעתו ואמונתו ושכנעו שלו, ולכן אין נפקא מינה מה דעתו של מומחה  
4 אחר.

5

6 בין לבין, הוגשו בקשות האישור נגד חברות הטלוויזיה הרב ערוצית.

7

8 3.ב. ההלך עם הצטרפות המשיבות לעניין שירותי הטלוויזיה הרב ערוצית

9 ביום 10.3.16 קיבלה המועצה לשידורי כבלים ולוויין החלטה (החלטה מס' 1-4/2016), וזאת בין  
10 היתר בהסתמך על עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים שהוגשה לה (כיום הממונה על רשות  
11 התחרות. בתיקון לחוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 21 מיום 10.1.19, ד' בשבט התשע"ט), נקבע  
12 כי תחת "הגבלים עסקיים" תבוא "תחרות כלכלית". להלן: **הממונה על רשות ההגבלים העסקיים**  
13 **או הממונה על התחרות ורשות ההגבלים או הרשות לתחרות).**

14

15 במסגרתה החלטתה קיבלה המועצה את עמדת חברות הוט ו-YES, והגיעה למסקנה כי בשלב זה  
16 אין לפרסם מבצעי שימור על פי כוח מיקוח וכי אין בדעתה למנוע הבחנה בין מנויים חדשים למנויים  
17 קיימים, או איסור על מתן הטבות ללקוחות מתמקחים. המועצה קבעה בהחלטתה כי דווקא הגבלת  
18 אפשרויות אלו היא זו שעלולה לפגוע בתחרות. המועצה התייעצה, טרם החלטתה, עם גורמים  
19 רבים, כפי שיפורט להלן. היינו, עמדה זו של המועצה עמדה בניגוד לעמדת משרד התקשורת.

20

21 כב' השופט ענבר, אשר היה מודע לתובענות הנוספות שהוגשו בעניין שירותי הטלוויזיה הרב ערוצית,  
22 קבע כי ימשיך את הדיון על פי המתווה שקבע בתובענות הראשונות. לאחר מכן פנו חלק מהצדדים  
23 להליכי גישור, האחרים ביקשו ליתן החלטה בבקשות האישור. נטען בין היתר, כי בכל אחד  
24 מהנושאים (סלולר, אינטרנט ושיחות לחו"ל), מדובר ברישיון אחר, ועל כן ניתן לאבחן בין התובענות  
25 והבקשות השונות על פי הרישיון הרלבנטי (כך, למשל, בבקשה מיום 12.3.16 התבקשה החלטה  
26 בעניין שירותי האינטרנט).

27

28 מנגד, נטוויז'ן, סמייל ובזק בינלאומי, בתגובתן מיום 27.3.16 עתרו לעכב את מתן ההחלטה **"בשל**  
29 **התפתחויות מהותיות שאירעו לאחרונה במישור הרגולטורי... ואשר עשויה להיות להן השלכה**  
30 **משמעותית על בקשות האישור"**: האחת, החלטת מועצת הכבלים והלוויין האמורה מיום 10/3/16;  
31 השנייה, מכתבו של מנכ"ל משרד התקשורת מיום 21.4.16, בו הזכיר את עמדותיהן דלעיל של  
32 המועצה ושל רשות ההגבלים העסקיים, וציין, כי **"אני סבור שיש לשקול גיבוש כללים שיביאו**  
33 **להאחדה של הרגולציה לגבי כלל הגורמים הרלבנטיים, באופן שיעלה בקנה אחד גם עם שינויים**



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

ותמורות בשוק". מכאן כוונתו של המנכ"ל "לבחון קיום שימוע בסוגיית הוראות רישיון לעניין אפליית מחירים בין מנויים", האמור להתפרסם "לאחר חופשת חג הפסח, אולם עלול להתארך במספר שבועות בשל ריבוי האתגרים הניצבים כיום בפני הדרג המקצועי במשרד".

לאור ההתפתחויות במישור הרגולטורי, התקיים דיון ביום 1.5.16. בדיון זה עמדו הצדדים על השוני בין עמדתו הראשונית של משרד התקשורת, שלא ברור היה האם ניתנה לאחר התייעצות עם הממונה על ההגבלים העסקיים, לבין עמדת המועצה לשידורי כבלים ולוויין, שלקחה בחשבון את עמדת הממונה. החברות בעניין שירותי האינטרנט, הסלולר והשיחות לחו"ל טענו כי יש להמתין להחלטה מחודשת של משרד התקשורת, שביקש לקיים שימוע בשאלות אלו. המבקשים באותן בקשות אישור ביקשו לקדם את הדיון ולא להמתין עוד. טענתם המרכזית הייתה כי שימוע כאמור ממילא צופה פני עתיד, ואילו טענתם שלהם היא כי הופרו תנאי הרישיונות הרלבנטיים בעבר.

### 3.ג. עיכוב הדיון בבקשות עד קבלת עמדת המאסדר

לאחר הדיון, ביום 3.5.16 ניתנה החלטת השופט ענבר בבקשה לעכב את ההכרעה בבקשות האישור עד לקבלת עמדה מעודכנת של המאסדר, משרד התקשורת, ובמידת הצורך הממונה על ההגבלים העסקיים לעניין פגיעה אפשרית בתחרות. בהחלטה זו מיום 3.5.16 ציין בית המשפט כי על אף שהדעת אינה נוחה מהתארכות ההליכים, הרי שבשל חשיבות עמדתו של המאסדר נוכח ההתפתחויות הרגולטוריות מחד, וחובתו של בית המשפט לנקוט בהליך האישור זהירות יתירה, מאידך, אין מנוס מעיכוב ההליכים. בלשונו (עמ' 12-13 להחלטה):

א. עמדותיה של המועצה לשידורי כבלים ולוויין, שהיא מאסדר נוסף בשוק התקשורת, סותרות לכאורה באופן חזיתי חלקים מרכזיים של עמדת המאסדר בענייננו. עמדות המועצה התקבלו בגדרי רישיונות דומים לרישיונותיהן של המשיבות, מבלי שהמועצה הצביעה על צורך לערוך שינוי כלשהו ברישיונות. מבלי שאקבע בשלב זה מסמרות נראה, כי גם לשון רישיונותיהן של המשיבות, שמעמדם הנורמטיבי זהה, אוצרת כוח להכיל עמדות אלו.

ב. עמדותיה של המועצה בוססו, בין היתר, על עמדה מקצועית של רשות ההגבלים העסקיים. בענייננו, נוכח מכלול הנתונים לא ברור אם עובר לגיבוש עמדותיהם של המאסדר ושל היועמ"ש קוימה התייעצות כזו. אף אם לא היה מנכ"ל משרד התקשורת מודיע על כוונת המשרד לבחון את עמדתו מחדש, ראוי היה לבקש מהיועמ"ש להבהיר עניין זה.

ג. משרד התקשורת, אשר לעיל עמדתי על חשיבות עמדתו בענייננו בהיותה משקפת לכאורה תהליך של בחינה והפעלת שיקול דעת, הודיע, על יסוד החלטת המועצה ועמדתה המקצועית של רשות ההגבלים העסקיים, כי בדעתו "לשקול גיבוש כללים שיביאו להאחדה של הרגולציה לגבי כלל הגורמים הרלבנטיים, באופן שיעלה בקנה אחד גם עם שינויים ותמורות בשוק". כללים אלו, ככל שיגובשו, עשויים להשליך על ליבתן של בקשות האישור, בפרט בכל הקשור לסעדים האקוויטביליים המבוקשים בהן באשר להסדרת התנהלות המשיבות בעתיד. אשר לעבר, הרי במקרה של שינוי האסדרה או חלק ממנה יהיה צורך לבחון – בהתחשב במכלול הנתונים לרבות היקף השינוי ומהותו – האם "תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

במחלוקת בנסיבות העניין, וזאת כמתחייב מסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

ד. הן החלטת המועצה, הן מכתבו של מנכ"ל משרד התקשורת, באו לאוויר העולם לאחר שמיעת הסיכומים בבקשות האישור. בהתאם להלכה הפסוקה, במסגרת החלטת האישור ראוי לתת את הדעת גם על התפתחויות מאוחרות.....

ה. ביסודה של הלכת שרנוע הנ"ל ואחרות כמותה מונחת התובנה, כי מאחר שההשלכות הכלכליות והציבוריות המגולמות בהחלטה לאשר תובענה ייצוגית עלולות להיות קשות, מן הדין לנקוט בהליך האישור בזירות יתירה. .... שיקולים אלה גוברים על ציפיתם (המובנת) של המבקשים להכרעה מהירה בבקשות האישור. בהינתן האמור לעיל, ראוי לעקוב אחר הליך השימוע והאסדרה הנזכרים במכתבו מיום 21/4/16 של מנכ"ל משרד התקשורת במסגרתן של בקשות האישור, להבדיל ממסגרת התובענה העיקרית, מה עוד שממכתב המנכ"ל עולה כי מדובר בהליך ממוקד שלא אמור לארוך יותר מחודשים מספר. לטרתם המוגברת של המבקשים ושל באי-כוחם עקב התמשכות ההליכים אפשר יהיה לתת ביטוי בהמשך, במסגרת פסיקת ההוצאות.

ו. המבקשים הוסיפו וטענו כי "אין זה מתקבל על הדעת שיתקיים 'פינג פונג' אין סופי עם הרגולטור לאחר שזה שוקל לבצע שימוע נוסף, בין היתר עקב פניות חוזרות ונשנות של המשיבות". אלא שממכתב המנכ"ל עולה לכאורה, כי מה שעומד ביסוד בחינת האסדרה - צעד בלתי שגרתי כשלעצמו - הינו החלטת מועצת שידורי הכבלים והלוויין ועמדתה המקצועית של רשות ההגבלים העסקיים".

נוכח האמור נקבע בהחלטה זו כי מתן ההחלטה בבקשות האישור מעוכב, וזאת עד למתן החלטה אחרת, וכי תוגש הודעה מעדכנת מטעם המשיבות עד ליום 1.7.16, ולאחריה יורה בית המשפט באשר להמשך ההליך.

בהחלטה מיום 1.8.16 הורה כב' השופט ענבר כי לצורך מתן החלטה בבקשות האישור, תוגש התייחסות מפורטת של משרד התקשורת ושל היועץ המשפטי לממשלה באמצעות פמת"א עד ליום 1.9.16, לשאלות שלהלן:

1. האם משרד התקשורת עודנו מתכוון לקיים שימוע בסוגיית הוראות הרישיונות לעניין אפליית מחירים בין מנויים. אם התשובה חיובית, מתי ייערך השימוע ומהו משכו הצפוי. זאת, כיון שחלפו, באותה עת, יותר משלושה חודשים מיום משלוח מכתבו של מנכ"ל משרד התקשורת שהודיע על כוונה זו.

2. מה היחס בין מכתבו הנ"ל של המנכ"ל לבין מכתבו מיום 22.6.16 של מר מימון שמילה, סמנכ"ל בכיר באגף פיקוח ואכיפה במשרד התקשורת (המצוטט בהודעת העדכון של המשיבות), ובכלל זה מהו בדיוק הליך RFI הנזכר במכתבו של מר שמילה, והאם הוא שקול להליך שימוע, מתי מתכוון משרד התקשורת לבצע את הליך ה - RFI ומהו משכו הצפוי.

3. האם לדעת משרד התקשורת והיועמ"ש ראוי להכריע בבקשות האישור נגד המשיבות על אתר, או שמא ראוי או מועיל לעכב את ההכרעה בהן עד לתום הליכי השימוע וה-RFI, שעניינם בהסדרת השוק בכללותו?



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

4. פירוט והבהרות למכתבו של מנכ"ל משרד התקשורת, בוא הוא מציין כי "ערכתי בדיקה ראשונית בסוגיה ואכן אין פרשנות אחידה ומוסכמת לאורך השנים בנוגע לאסדרה הנדרשת".

5. האם בעת גיבושה בשעתו של האסדרה הקיימת, כמו גם בעת גיבוש עמדות משרד התקשורת והיועמ"ש שהוגשו לבית המשפט בהליך זה, נשקלו השלכותיהם האפשריות של אפליית מחירים ואיסור אפליית מחירים על התחרות; והאם התקבלו בעניינים אלה עמדות מטעם רשות ההגבלים העסקיים.

בית המשפט הוסיף כי המאסדר רשאי להוסיף כל הבהרה או עדכון שיימצא לנכון.

### 3. ד. קבלת עמדת משרד התקשורת והמשך ההליכים בעקבותיה

תשובת משרד התקשורת הוגשה ביום 22.9.16 ובמסגרתה צויין כי ביום 9.8.16 פרסם המאסדר מסמך שימוע בצורה של בקשת מידע-RFI, המופנה לציבור, לחברות ולגורמים רלוונטיים נוספים. צויין כי מדובר בהליך שימוע וולונטארי מקדים, בטרם יציאת משרד התקשורת להליך שימוע "רגיל". עוד צויין כי משרד התקשורת הקים צוות עבודה פנים משרדי לבחינת נושא איסור האפליה בין המנויים, וכי תהליך למידת התגובות וגיבוש העמדה הנו בעיצומו, במטרה לקבל החלטה שהיא "התוצאה הציבורית הטובה ביותר" (סעיף 18 לעמדה). כן הובהר, כי קיים "קושי משמעותי" להתחקות אחר העובדות והשיקולים שנשקלו בעת קביעת האסדרה המקורית, לרבות עצם קיום התייעצות עם רשות ההגבלים העסקיים, וכי עובר להגשת עמדת המאסדר המקורית אף לא בוצעה בחינה מחודשת של האסדרה והשלכותיה על התחרות כיום (סעיפים 30 – 31 לעמדה).

בהחלטה מיום 16.11.16 נדחתה בקשה לביטול החלטת עיכוב ההליכים מיום 3.5.16, וזאת, בין היתר, נוכח היותו של התהליך הרגולטורי בעיצומו והשלכותיו האפשריות על בקשות האישור. נקבע אפוא כי עיכוב ההליכים ייוותר בשלב זה על כנו, וכי עם חידוש ההליכים יהיה מקום לאפשר לצדדים להגיש טיעון משלים, אשר יתייחס באופן מרוכז לכל הראיות הנוספות שהוגשו ולהתפתחויות שיחולו.

ביום 16.1.17 הגיש משרד התקשורת הודעה ולפיה ביום 8.9.16 הפיץ את מסמך הבקשה לקבלת מידע (RFI) לחברות תקשורת, משרדים ממשלתיים וגופים צרכניים, וכי משרד התקשורת מצוי בשלב של עיבוד נתונים ועתיד לקיים דיון נוסף בפברואר 2017. עוד צוין, כי משרד התקשורת החליט להטיל על חברת סלקום עיצום כספי בסך 667,120 ₪ בגין הפרת סעיפים 75.3 ו-75.4 לרישיון החברה, שעל פיהם יש להציע את סלי השירותים למנויים בתנאים שווים ולאפשר לכל מנוי לעבור, ללא אפליה, מסל שירותים אחד לאחר. בהודעת משרד התקשורת מיום 25.9.16 אשר צורפה צוין, כי מפעולות פיקוח שבוצעו עלה כי החברה לא אפשרה למנויים לעבור לתוכניות המיועדות ללקוחות





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

**ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES**

- 1 חדשים. כמו כן צוין, כי סלקום הגישה עתירה התוקפת את החלטת משרד התקשורת (עת"מ-41822-
- 2 11-16, בפני כב' השופטת ארנה לוי). אקדים את המאוחר ואציין כי עתירה זו נמחקה לבסוף,
- 3 לבקשת העותרת, לאור המלצת בית המשפט (ראו החלטה בתיק זה מיום 18.5.17).
- 4
- 5 בהמשך, ונוכח פרישתו של כב' השופט ענבר הועברו התיקים לדיון בפני. כמו כן, במועד מאוחר
- 6 יותר, הועבר אלי הטיפול בחמש בקשות האישור הנוספות שהוגשו (7263-12-13, 5208-05-15,
- 7 62371-06-15, 5172-05-15, 48167-07-15) לרבות נגד פרטנר, הוט ו-YES, והן אוחדו עם הבקשות
- 8 שהוגשו זה מכבר.
- 9
- 10 ביום 9.3.17 התקיים דיון בכל הבקשות שהוגשו עד אותה עת (כלל הבקשות פרט לתובענות כנגד
- 11 YES). בדיון זה הבהירה ב"כ משרד התקשורת, עו"ד מיכל פרידלר, כי טרם התקבלה החלטה
- 12 בסוגיות שבמחלוקת, וכי ממשיכות להתקיים ישיבות בנושא. עוד הבהירה עו"ד פרידלר כי כל עוד
- 13 לא תתקבל עמדה אחרת, משרד התקשורת פועל על פי נייר העמדה שהגיש בהליך בשנת 2013,
- 14 והודעת העדכון שנמסרה בשנת 2015. לדבריה, בישיבה שנערכה ביום 7.3.17 התברר כי נדרש זמן
- 15 נוסף כדי לבחון ולשקול את ההשלכות של הסדרה חדשה בתחום. עו"ד ואיל גיגיני, גם הוא ממשרד
- 16 התקשורת, ציין כי ייקח עוד כחודשיים לחבר חוות דעת כלכלית, ואז תתגבש עמדת הרגולטור (עמ'
- 17 56 לפרוטוקול, שורות 3-5).
- 18
- 19 בסיום הדיון קבעתי כי מכל הטעמים שעמדו בבסיס החלטותיו של כב' השופט ענבר לעכב הליכים
- 20 בתיק עד להשלמת גיבוש עמדת הרגולטור, יש להמתין תקופה של עוד מספר חודשים לגיבוש
- 21 העמדה. עם זאת, כך ציינתי, יש ממש גם בדברי ב"כ המבקשים כי יש לקדם את ההליכים, בעיקר
- 22 לאור העובדה שיש תובענות שהוגשו עוד בשנת 2011. לפיכך הוריתי ליועמ"ש להגיש חוות דעת
- 23 מעודכנת עד ליום 10.9.2017, בה יביע עמדתו בשאלות שעלו בבקשות האישור, בהתחשב בעמדה
- 24 שגובשה במשרד התקשורת (לגביה ציינתי כי אני תקווה שתתגבש עד לאותו מועד), וכן ברשויות
- 25 אחרות ככל שנדרש. ציינתי כי גם אם לא תתגבש עמדה, יוכל היועמ"ש להתייחס לעמדות שהוגשו,
- 26 כגון עמדת המועצה לשידורי כבלים ולוויין ועמדת הממונה על ההגבלים העסקיים. כמו כן הבהרתי
- 27 כי כוונתי בעמדה מעודכנת אינה נוגעת לשאלות הנוגעות לפרשנות או לעמדה שהייתה ביסוד הוצאת
- 28 הרשיונות הרלוונטיים, שכן לגבי אלו לא חל שינוי, אלא הכוונה היא בעיקר לסוגיית התחרות
- 29 והשפעת ההסדרים השונים בעניין אפליית מחירים על סוגיית התחרות כיום. עוד קבעתי כי לאחר
- 30 שתתקבל חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, ישלימו הצדדים את עמדתם בכתב לגבי עמדת
- 31 היועץ המשפטי לממשלה ולאחר מכן יתקיימו סיכומים בעל פה בבקשות האישור.
- 32



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

ביום 9.4.17 הורה בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כב' השופט עופר גרוסקופף) על העברת הדיון בתובענות YES לדיון לפניי, לאור העובדה שהן מעלות שאלות זהות לאלו שהועלו בתובענות נגד הוט. ביום 23.4.17 הוריתי גם על צירוף תובענות אלו לתיקים המתנהלים לפניי.

3. ה. קבלת עמדת היועמ"ש והמשך ההליכים בעקבותיה

ביום 24.12.17 הוגשה תגובת היועמ"ש. העמדה, שהוגשה לאחר מתן אורכות רבות, הייתה לקונית, ולפיה כיון שמשרד התקשורת לא שינה את עמדתו, היועמ"ש אינו סבור כי יש מקום להגשת הודעה נוספת מטעמו. אשר לעמדת הרשות להגבלים עסקיים ולמועצה לשידורי כבלים ולוויין, ציין היועמ"ש כי אלו ניתנו בקשר לשוק השידורים (הטלוויזיה הרב ערוצית) ואילו התובענות הראשונות, אליהן מתייחסת עמדת היועמ"ש, נוגעות לשווקים אחרים המבוססים על רישיונות אחרים ועניינם שירותי סלולר ואינטרנט, ולכן עמדת המועצה לשידורי כבלים ולוויין, ועמדת הממונה על ההגבלים העסקיים לעניין שוק הטלוויזיה הרב ערוצי, אינן משליכות על התובענות הראשונות.

בהחלטתי מיום 24.12.17 הוריתי למבקשים בכל התובענות, ולאחריהן למשיבות, להגיב לעמדת היועמ"ש ולהשלים סיכומים בכתב בבקשות האישור. עוד קבעתי, כי לאחר שיוגשו כל הסיכומים יקבע דיון להשלמת טיעונים בעל פה.

לאחר שהוגשו כלל סיכומי המבקשים, ביום 12.2.18 הוגשה בקשה להסדר דיוני, במסגרתה ביקשו הצדדים לתובענת הטלוויזיה נגד הוט כי עניינם, כמו גם עניינה של YES, יופרד מעניין התביעות האחרות, וכי בעניין הטלוויזיה הרב ערוצית לא יוגשו סיכומים. הבקשה נומקה הן בשלב הדיוני בו מצויות התובענות (כאשר בתביעות הטלוויזיה טרם נשלמה הגשת כתבי טענות), הן באבחנה שנערכה בין תובענות הטלוויזיה לתובענות האחרות, הן בהודעה האחרונה מטעם היועמ"ש לפיה בעניין הטלוויזיה הרב ערוצית יש עמדה של הרגולטור הרלבנטי, המועצה לשידורי כבלים ולוויין, לאחר שקיבל את התייחסויות הגורמים המוסמכים.

ביום 14.2.18 נמסרה הודעה לפיה במסגרת הסדר בתיק פר"ק 37372-06-17, הועברה פעולתה של נטוויז'ן לסלקום תקשורת קווית, והיא תבוא בנעליה של נטוויז'ן. עם זאת למען הנוחות, ולאור ההחלטות הקודמות, תישארנה ההגדרות של המשיבות כפי שהיו קודם להודעה זו.





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

בהחלטה מיום 26.3.18 דחיתי הבקשה לפצל את הדיון בבקשות האישור בעניין הטלוויזיה הערוצית מהבקשות האחרות, וזאת משני טעמים אותם פירטתי בהרחבה בהחלטה:

**4"א. כלל התובענות ובקשות האישור מעוררות שאלות דומות**  
הטעם הראשון לכך שיש לקיים את הדיון בכלל התובענות ובקשות האישור במאחד הוא, כי סוגיית אפליית המחירים מעוררת שאלות דומות, גם אם מדובר ברישיונות שונים, וגם אם מדובר בשווקים שונים ובגופים מאסדרים שונים.  
השאלה המרכזית המתעוררת בכלל המקרים, כמו גם בשאלות אחרות בנוגע לאפליה הינה מה מבחינה נורמטיבית גורם להבחנה להפוך לראויה או לפסולה. לשון אחר, באמצעות איזה קריטריון נורמטיבי ניתן להצדיק הבחנות כראויות או לקבוע כי פסולות הן. בחקיקה ובפסיקה הישראלית אומץ קריטריון הרלוונטיות, כפי שעולה מעמדת משרד התקשורת.....

כן מתעוררות שאלות כמו מהו מבחן הרלוונטיות ומהי קבוצת שוויון או קבוצה בעלת מאפיינים רלבנטיים. טיעוני הצדדים יתייחסו כמובן לרישיון הרלבנטי, למאסדר הרלוונטי ולהחלטותיו, עם זאת, כבר לפי כתבי הטענות עולה שחלק מהטענות דומות כמו גם השיקולים הרלבנטיים.

**4"ב. הדמיון בין רישיון פרטנר (לסלולר) לרישיון YES לשירותי טלוויזיה), בהקשר של אפליית מחירים**

הנימוק השני לכך שיש לדון בתובענות במאחד, ולו בשלב של בקשת האישור, הינו, כפי שטענה פרטנר בתובענת הסלולר, כי תנאי הרישיון של פרטנר דומים ביותר לתנאי הרישיון של YES, ולמען הנוחות אביאם כלשונם:  
סעיף 75.3 לרישיון פרטנר קובע:

....  
עצם העובדה שרישיונות דומים הביאו לעמדות שונות של המאסדרים השונים, אין בה, רק מסיבה זו, כדי להפריד את הדיון בין התובענות. מובן שבמסגרת בקשת האישור יהיה מקום לעמוד על המטרות שביסוד הוראות אלו בהקשרים השונים, ועל המשמעות של קביעות המאסדרים השונים, אולם יעיל יותר יהיה להתייחס לכל התובענות במסגרת דיונית אחת. בתגובות YES והוט להתנגדות פרטנר להפרדת הדיונים, לא התייחסו החברות לדמיון בין הרישיונות בהקשר זה, על אף שפרטנר עמדה על כך במפורט".

אשר להיבטים הדיוניים ציינתי כי:

"טענותיהן של הוט ו-YES היו דיוניות יותר באפיין ונגעו להחלטת היועמ"ש לפיה בעניין הטלוויזיה הרב ערוצית יש עמדה מעודכנת של המאסדר, וכן לכך כי השלב הדיוני בו נמצאות התובענות שונה. אשר להודעת היועמ"ש, אין בעצם ההבחנה בין עמדות הרגולטורים כדי להביא להפרדה בין התובענות השונות. כב' השופט ענבר שדן בתובענות הראשונות עמד גם הוא על הדברים בהחלטתו מיום 3.5.16, בסעיף 25(א) להחלטתו, לאחר שעמד על עמדות המועצה לשידורי כבלים ולוויין בעניין אפליית מחירים בטלוויזיה הרב ערוצית:

"עמדותיה של המועצה לשידורי כבלים ולוויין, שהיא מאסדר נוסף בשוק התקשורת, סותרות לכאורה באופן חזיתי חלקים מרכזיים של עמדת המאסדר בענייננו. עמדות המועצה התקבלו בגדרי רישיונות דומים לרישיונותיהן של המשיבות, מבלי שהמועצה הצביעה על צורך לערוך שינוי כלשהו ברישיונות. מבלי שאקבע בשלב זה מסמרות נראה, כי גם לשון רישיונותיהן של המשיבות, שמעמדם הנורמטיבי זהה, אוצרת כוח להכיל עמדות אלו."



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

בהתייחס לעובדה כי מדובר בשלבים דיוניים שונים קבעתי כי ניתן להתגבר על כך: אשר להליכים המקדמיים, אזי כיוון שהשאלה בעיקרה נוגעת לרישיון והאמור בו, ודווקא לאור העובדה כי קיימת החלטה מעודכנת של המועצה לשידורי כבלים ולוויין, ניתן להכריע בבקשת האישור גם ללא הליכים מקדמיים, שאינם מתחייבים בבקשת האישור. ככל שתתקבל הבקשה, ניתן יהיה לערוך הליכים מקדמיים בתובענה לגופה. ציינתי כי דיון מקדמי נתון לשיקול דעת בית המשפט, ובמקרה זה לא מצאתי לנכון לקיימו. בנוגע לכך שטרם הושלמו כתבי הטענות, ציינתי כי הסיבה המרכזית לכך היא בקשות דחיה חוזרות ונשנות למתן אורכות. הוריתי אפוא על מועדים להשלמת כתבי הטענות ולהגשת סיכומים בכלל הבקשות. לאחר הגשת כלל הסיכומים התקיים דיון בעל-פה להשלמת טיעוני הצדדים.

### 4. התשתית העובדתית

#### 4.1 התשתית העובדתית הנוגעת לספקיות שירותי הגישה לאינטרנט

4.1. א. בקשת האישור נגד נטוויז'ן וסמייל (ת"צ 15868-08-12)

#### 4.1. א (1) בקשת האישור נגד נטוויז'ן

התשתית העובדתית שביסוד בקשות האישור הינה, בתמצית, כי באותו היום ממש הציעו נציגי כל אחת מהחברות מחירים שונים לפונים שונים בנוגע לאותו שירות בדיוק, על אף היעדר כל שוני בין הלקוחות. התשתית העובדתית שביסוד בקשת האישור נגד נטוויז'ן מורכבת מתצהיריהם של המבקשים (אבידור, סגלוביץ' והורוביץ; להלן: **מבקשי נטוויז'ן**), ומדו"חות חקירות פרטיות שהוזמנו לתמיכה בבקשה, ולהלן עיקרה:

א. החוקרים הפרטיים הציגו עצמם לפני נטוויז'ן כלקוחות חדשים המעוניינים לרכוש ממנה את השירות. מממצאי החקירה, הנתמכים בהקלטות של עשרות שיחות עם נציגי השירות, עולה לכאורה, כי מחירי השירות המוצעים ללקוחות, שאין בנתונייהם הבדל **כלשהו זולת כושר המיקוח שלהם, אינם אחידים, כאשר הפערים יכולים להגיע לעשרות שקלים מדי חודש. כך, לדוגמא, המחירים שהוצעו בפניות שונות עבור מהירות גלישה של 5 מגה בייט נעו ממחיר חודשי ממוצע לשנה של 27.40 ₪ למחיר של 50 ₪ לחודש; המחירים שהוצעו בפניות שונות עבור מהירות גלישה של 12 מגה בייט נעו ממחיר חודשי ממוצע לשנה של 21.90 ₪ למחיר של 59.90 ₪ לחודש; המחירים שהוצעו בפניות שונות עבור מהירות גלישה של 30 מגה בייט נעו ממחיר חודשי של 20 ₪ למחיר של 119.90 ₪ לחודש; המחירים שהוצעו בפניות שונות עבור מהירות גלישה של 100 מגה בייט נעו ממחיר חודשי ממוצע לשנה של 79 ₪ למחיר של 140 ₪ לחודש.**



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

ב. יצוין כי לעיתים המחירים שהוצעו לאותו לקוח הלכו וירדו במהלך אותה שיחה. זאת ועוד:  
לשאלת החוקרים הפרטיים: מהו המחיר הזול ביותר שבו נמכר השירות ללקוחות אחרים, ניתנה  
לא אחת תשובה שלא שיקפה את המציאות.

ג. כל אחד משלוש המבקשים התקשר בהסכם עם נטוויז'ן לרכישת מהירות גלישה של 30 מגה בייט.  
גל נדרש לשלם 54.90 ₪ לחודש; סגלוביץ נדרש לשלם 64.90 לחודש; ואילו רועי נדרש לשלם 119.90  
₪ לחודש. לאף אחד מהמבקשים לא נאמר במעמד ההתקשרות כי יש חלופות זולות יותר למחיר  
המוצע, וזאת על אף שמחומר הראיות עולה לכאורה, כי אותו שירות ממש נמכר באותה העת  
ללקוחות אחרים ב-20 ₪ לחודש.

ד. נטוויז'ן לא חלקה על התשתית העובדתית שפורטה לעיל וביקשה להדוף את התובענה בטענות  
משפטיות, שיפורטו בהרחבה בהמשך.

**4.1 א (2) בקשת האישור נגד סמייל**  
הבסיס העובדתי לבקשת האישור נגד סמייל דומה:

א. עבור מהירות גלישה של 5 מגה בייט הציעה סמייל לחוקרים הפרטיים, שהציגו עצמם כלקוחות  
פוטנציאליים חדשים, מחירים שנעו בין 26 ₪ ל-69.90 לחודש; עבור מהירות גלישה של 10 מגה  
בייט הוצעו מחירים שנעו בין 23 ₪ ל-79.90 לחודש; עבור מהירות גלישה של 30 מגה בייט 49.90  
₪ - 129.90 לחודש; ועבור מהירות גלישה של 100 מגה בייט 99.90 ₪ – 259.90 לחודש.

ב. בדומה לאופן התנהלותה של נטוויז'ן, אף כאן לעיתים מחירים שהוצעו ללקוח הלכו וירדו במהלך  
אותה שיחה, ולא אחת אף ניתנה תשובה לא נכונה לכאורה לשאלת החוקרים מהו המחיר הזול  
היותר שבו נמכר השירות ללקוחות אחרים.

ג. בסמוך לשיחות דלעיל שקיימה סמייל עם החוקרים הפרטיים הציעה למבקשת אליאב עבור  
מהירות גלישה של 10 מגה בייט מחיר של 29.90 ₪ לחודש; למבקשת לוין מחיר של 32.90 ₪ לחודש;  
ולמבקשת פיינשטיין מחיר של 34.90 ₪ לחודש. מחירים אלו, המעידים כשלעצמם על חוסר אחידות  
בתעריפים, גבוהים מאלו ששולמו על ידי אחרים.

ד. סמייל חלקה על התשתית העובדתית בטענה, כי בחינת תמלילי השיחות מלמדת שלכל הפונים  
החדשים הוצעו תחילה תעריפים ראשוניים זהים לפי סוג החבילה וייעודה, וכי על מחירים אלו היו  
הפונים רשאים לנהל משא ומתן וחלקם זכה להנחה מהתעריף הראשוני בשיעור שלא עלה על 10%.  
דא עקא, טענות אלה לכאורה אינן עולות בקנה אחד עם העובדות לאשורן (ראו לדוגמא את ההצעות



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

המפורטות בסעיף 151 לתשובה לתשובה). מכל מקום, אין מחלוקת, כי המחירים הסופיים שסוכמו עם הפונים עבור אותה חבילה לא היו אחידים.

ה. סמייל הוסיפה וביקשה לערוך אבחנה בין המחירים הנגבים על ידיה מלקוחות חדשים, לבין המחירים המופחתים הנגבים מלקוחות קיימים המאיימים לעזוב את סמייל. דא עקא, בחינת העובדות לאשורן מלמדת לכאורה, כי גם בנושא זה אין לסמייל מדיניות אחידה, שכן במקרים רבים המחיר הסופי שנקבע הנו פועל יוצא של כישורי המשא ומתן של הלקוח, מצד אחד, ושל מידת עמידתו של נציג המכירות בלחצים, מצד שני. אף מסתבר לכאורה, כי סמייל אינה נוהגת במידה שווה כלפי לקוחות קיימים (ראו לדוגמא את עניינה של אליאב המתואר בסעיפים 106 – 109 לבקשת האישור כנגד סמייל), מה עוד שסמכויותיהם של עובדי מחלקותיה השונות של סמייל המטפלות בפניות הלקוחות אינן אחידות, כך ששיעור ההנחה המוענק ללקוח קיים הנו נגזרת אקראית של זהות הנציג העונה לפנייתו (ראו לדוגמא סעיפים 121 – 122 לבקשת האישור).

### 1.4.ב. בקשת האישור נגד בזק בינלאומי (ת"צ 43187-10-12)

מחומר הראיות שהובא לתמיכה בבקשת האישור נגד בזק בינלאומי עולה לכאורה כדלקמן:

א. שירותי גישה לאינטרנט במהירות של 10 מגה בייט, אשר הוצעו וסופקו למבקש ביום 23/10/12 תמורת 40 ₪ לחודש, נמכרו באותו יום לחוקר פרטי תמורת 30 ₪. יצוין כי המחיר המקורי שהוצע לחוקר היה 39.90 ₪ לחודש, אך הוא הלך ופחת במהלך השיחה עמו (עד להצעה הסופית בסך 30 ₪).

ב. בדומה, שירותי גישה במהירות 30 מגה בייט שהוצע ללקוח יוסף בצ'אט אינטרנטי תמורת 49.90 ₪ לחודש, הוצע ליוסף בהמשך אותו יום בשיחה טלפונית תמורת 39.90 ₪.

ג. הלקוח ג, אשר פנה ביום 23/10/12 בבקשה להפחית את המחיר בסך 50 ₪ שהוא משלם מזה מספר חודשים, נענה תחילה בשלילה ורק לאחר שהציג בשיחה נפרדת פרטי חבר המקבל את אותו שירות תמורת 30 ₪ זכה לקבל מחיר דומה.

ד. כך היו פני הדברים גם בבדיקה נוספת שנערכה ביום 24.10.12 על ידי חוקר פרטי, בה הוצעו על ידי בזק בינלאומי לאותו שירות מחירים שונים בתכלית בשתי שיחות נפרדות שהתקיימו באותו היום ממש, בהפרש של דקות ספורות (כמתואר בסעיף 44 לבקשה).

ה. במסגרת תשובתה לבקשת האישור לא חלקה בזק על התשתית העובדתית ובקשה להדוף את הבקשה בטענות משפטיות.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1  
2  
3  
4  
5  
6  
7  
8  
9  
10  
11  
12  
13  
14  
15  
16  
17  
18  
19  
20  
21  
22  
23  
24  
25  
26  
27  
28  
29  
30  
31  
32

### 4.2 התשתית העובדתית הנוגעת לספקיות שירותי הסלולר

#### 4.2.א. בקשת האישור נגד סלקום (ת"צ 42754-05-11)

המבקש (להלן: **כהן**), לקוח של סלקום החל מתחילת שנת 2011, בתכנית המכונה "**החבילה החמה**", במסגרתה נדרש לשלם סך של 209 ₪ עבור 1200 דקות שיחה ו-1200 מסרונים (חשבונית לחודשים אפריל-מאי 2011 צורפה כנספח 4). ביסוד תובענתו שלושה הסכמי "**הנחת שימושים ללקוחות פרטיים**" מהשנים 2009-2011 שצורפו לבקשת האישור, לפיהם מוענקות ללקוחות פרטיים "**הנחות שימושים**" בסך 50 - 60 ₪ לחודש כנגד שימוש בפועל בדקות זמן אוויר סלקום בארץ, בכפוף לכך שחשבונו החודשי של הלקוח יעמוד על למעלה מסכום מסוים, כמפורט להלן:

א. בהתאם להסכם "**הנחת שימושים 60 ₪ - ללקוחות פרטיים**", גרסה 01 – ינואר 2011, זכאי לקוח, שסכום החשבון החודשי שלו לקו הסלקום מעל 200 ₪, להחזר כספי חודשי של 60 ₪ למשך 12 מחזורי חיוב.

ב. בהתאם להסכם "**הנחת שימושים 50 ₪ - ללקוחות פרטיים**", גרסה 02 – פברואר 2011, זכאי לקוח, שסכום החשבון שלו לקו הסלקום מעל 200 ₪, להחזר כספי חודשי של 50 ₪ למשך עד 18 מחזורי חיוב.

ג. בהתאם להסכם "**הנחת שימושים פלוס - ללקוחות פרטיים**", גרסה 05 – יולי 2009, זכאי הלקוח להחזר מדורג: חשבון חודשי שבין 99 – 149 ₪ יזכה בהחזר כספי של 20 ₪; בחשבון חודשי שבין 149 – 349 ₪ יעמוד סכום ההחזר על 30 ₪; ואילו בחשבון מעל 349 ₪ יזכה הלקוח ב- 60 ₪, והכל – למשך 18 מחזורי חיוב.

יצוין כי ההחזרים ניתנים בתכניות השיווק אליהן משויך הלקוח במועד "**ההצטרפות לנספח זה...**". לדוגמא: לו היה המבקש זוכה ליהנות מאחד מהסכמים אלה, היה ההחזר הכספי מחושב על חיוביו בהתאם ל-"**החבילה החמה**" שאליה שויך.

לטענתו של כהן, אצל סלקום פועלת "**יחידה מובחרת**" בדמות מחלקת שימור לקוחות, המעניקה את ההטבות נשוא ההסכמים הנ"ל, שהנם "**סודיים**", ללקוחות המאיימים לנטוש את סלקום, כמו גם ללקוחות חברות מתחרות שאותם מעוניינת סלקום לנייד לשורותיה. לאישוש הטענה הפנה כהן לפרסומים שונים של לקוחות סלקום ברשת האינטרנט.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

כהן טוען, כי מתן הנחות השימושים ללקוחות המעוניינים להתנייד לחברה אחרת מפלה לרעה את הלקוחות "התמימים" שאינם יודעים על ההנחות ומפר את תנאי הרישיון. מכאן עתירתו לחייב את סלקום להעניק הטבות אלו, משעה שהוענקו ללקוח מסוים, לכלל לקוחותיה.

סלקום לא חלקה על התשתית העובדתית שביסוד בקשת האישור וביקשה להדפה בטענות משפטיות שונות שתפורטנה בהרחבה בהמשך. בתוך כך אישרה, כי הטבות שימור הלקוחות הן "רבות שונות ומגוונות", החל "מהטבה בדמות ארוחת בוקר ברשת בתי קפה", עבור להנחות וזיכויים שונים וכלה ב"הנחות השימושים" הנ"ל. ההטבות מוענקות על ידי נציגי השירות "בהתאם לשיקולים פרטניים הנוגעים למאפייניו הקונקרטיים של המנוי, רצונה המסחרי של סלקום לשמר את המנוי כלקוח ולמשאבים שהיא מוכנה להשקיע בכך". כך, לטענת סלקום, ניתנה גם לכהן ביום 8.9.10 (כ-9 חודשים קודם להגשת הבקשה) הנחת שימושים בסך 30 ₪ לחודש למשך שלושה חודשים, זאת לאחר שפנה לסלקום בתלונות והביע עניין להתנתק משירותיה (נספח ח' לתשובה). זאת ועוד: לאחר הגשת הבקשה, ביום 28.12.11, העתיק כהן את אחד הקווים שלו בסלקום לחברה אחרת, וכאשר חזר לאחר ימים מספר והתקשר עם סלקום בהסכם חדש הוענקו לו הנחות שימושים בסך 20 ₪ לחודש למשך 18 חודשים ובלבד שחשבונו החודשי יעמוד על למעלה מ-99 ₪ ובסך 60 ₪ לחודש למשך 12 חודשים ובלבד שחשבונו החודשי יעמוד על למעלה מ-225 ₪. באותו היום התקשר כהן עם סלקום גם לגבי הקו הוותיק שלו שלא הועתק לחברה אחרת, וגם לגבי ביקש וקיבל – שוב – את אותן הנחות השימושים.

עולה מכך, כי סלקום למעשה מאשרת את טענותיו העובדתיות של כהן בדבר מתן הנחות השימושים, הן ללקוחות המבקשים לעזוב את שירותיה, הן ללקוחות המצטרפים אליה מחברות אחרות. אף אין מחלוקת כי שיעורן של הנחות השימושים אינו אחיד ונתון לשיקול דעתם הבלעדי של נציגי השירות של סלקום.

4.2.ב. בקשת האישור הראשונה נגד פלאפון (ת"צ 53288-11-13)

קווי המתאר של בקשת האישור נגד פלאפון דומים: המבקש פרידמן מנוי של פלאפון במסלול UNLIMITED EXTRA, המעניק לו דקות שיחה, מסרונים וגלישה ללא הגבלה, במחיר של 109 ₪ לחודש ל-12 חודשי ההתקשרות הראשונים ו-129 ₪ לחודשים שלאחר מכן. מסתבר, כי לקוח אחר המשוויך לאותו מסלול נהנה מהטבות שונות על בסיס חודשי הן "זיכוי חודשי למנייד את מספרו מחברה אחרת" בסך 30 ₪, הן הטבות נוספות בסכום מצטבר של 60 ₪ לחודש. לאישוש הטענה צירף פרידמן לבקשתו את החשבונית החודשית של אותו לקוח לתקופה שבין 1.8.13 ל-1.9.13.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 בדומה לסלקום, אף פלאפון אישרה, כי :

2 "נוכח רצונה...לפעול הן לשם גיוס מנויים חדשים והן לשם שימור לקוחותיה  
3 הקיימים, נקטה ונוקטת פלאפון באמצעים שונים לגיוס ושימור לקוחותיה...לקוחות  
4 מתניידים ולקוחות 'מתמקחים', קרי לקוחות אשר אינם באמת חפצים לעזוב אך  
5 מאיימים בעזיבה, נוהגים לפנות אל פלאפון במטרה לשפר את תנאיהם ולהגדיל את  
6 התמורה שהם מקבלים בעבור המחיר שהם משלמים. פלאפון נדרשת להעניק  
7 ללקוחות אלה, אשר הינם לקוחות רגישי מחיר, כמו גם ללקוחות הבאים בתלונות  
8 ביחס לשירותים וחיוכים כאלה ואחרים, בין היתר, הנחות והטבות שונות על מנת  
9 לשמרם אצלם כלקוחותיה"

10  
11 עוד אישרה פלאפון, כי :

12 "המדובר במגוון רחב של הנחות והטבות, החל מדקות שיחה ללא תשלום, בחירת  
13 יעדים 'נבחרים', משחקים בהנחה או ללא תשלום, הודעות sms בהנחה או ללא  
14 תשלום, הטבות ניווד/מעבר בסכומים שונים, והטבות נאמנות בסכומים שונים,  
15 הטבת שירות תיקונים, הנחות בדמי המסלול החודשיים, זיכוי גלישה וכיוצא ב"

16  
17 כמו-כן שבה והבהירה, כי :

18 "ההטבות ניתנות באופן אינדיבידואלי ולטווח מוגבל, לפי נסיבות  
19 המקרה....ההטבות וההנחות אינן ניתנות ללקוחות מקבוצה מסוימת, כי אם לכל  
20 אותם לקוחות מתניידים ומתמקחים, הפונים אל פלאפון, ואשר פלאפון חוששת כי  
21 יעזבו אותה ויעברו לחברה סולרית אחרת".

22  
23 להמחשת טענותיה מפרטת פלאפון בתשובתה את תולדות המנוי של פרידמן, כדלהלן :

24  
25 א. ביום 16.12.09 ניידה אמו של פרידמן את הטלפון נשוא הבקשה (אשר פרידמן עושה בו שימוש)  
26 מחברת פרטנר לפלאפון, הצטרפה לתכנית מסוימת (שבתנאיה מובנית הנחת זמן אויר בסך 43 ש"ח  
27 לחודש), ומספר ימים לאחר מכן- כנחזה מהחשבונות החודשיים (להבדיל מתנאי התכנית)- קבלה  
28 "הטבת מעבר לפלאפון" בדמות זיכוי חודשי בסך 26 ש"ח, וזאת למשך 18 חודשים.

29  
30 ב. ביום 5.6.12 הועבר המנוי על שם פרידמן, הוא הצטרף לתכנית Unlimited Extra, שתנאיה  
31 משופרים, ובמסגרתה קיבל בחודש יוני 2012 "הטבת 20 ש"ח", והחל מחודש יולי 2012 למשך תקופה  
32 של 11 חודשים "הטבת נאמנות" בסך חודשי של כ-25 ש"ח. בהמשך, בין החודשים יולי 2013 ועד לחודש  
33 אוקטובר 2013 קבל "הטבת שירות" בסך 13 ש"ח. בין לבין הצטרף לתוכניות חדשות שתנאיהן  
34 משופרות.

35  
36 אציין, כי הלקוח האחר, אשר פרידמן טוען שהוא מופלה לרעה ביחס אליו, זכה לקבל מפלאפון עם  
37 הצטרפותו לאותה תכנית הן "הטבת 20 ש"ח" הן "הטבת 40 ש"ח", וכל זאת בנוסף להטבת הניוד בסך  
38 26 ש"ח (ראו נספח 6 לבקשת האישור). הנה כי כן, בעוד שההטבות החודשיות שניתנו לפרידמן  
39 הסתכמו ב- 13-25 ש"ח (מעבר להטבת הניוד), הרי הלקוח האחר זכה בהנחות שסכומן המצטבר 60





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1     ש, עובדה הממחישה את טענתה דלעיל של פלאפון בדבר מתן ההטבות על בסיס  
2     "אינדיבידואלי... לפי נסיבות המקרה", מחד, ואת טענתו של פרידמן לאפליה לכאורה לעומת  
3     לקוח אחר מסוגו, מאידך.

4  
5     2.4.g. בקשת האישור השנייה נגד פלאפון (ת"צ 5172-05-15)

6     בקשת אישור זו עניינה במסלולים שמציע מותג וואלה! מובייל (להלן: **וואלה! מובייל**), אשר הינו  
7     מותג אינטרנטי המופעל ע"י פלאפון בשיתוף עם אתר האינטרנט וואלה!. המבקש הינו לקוח של  
8     חברת פלאפון. התשתית העובדתית המתוארת בבקשה הינה כדלקמן:  
9

10    א. המשיבה מציעה באתר האינטרנט שלה חבילת unlimited הכוללת צריכת דקות שיחה  
11    ומיסרונים ללא הגבלה וכן חבילת גלישה באינטרנט בנפח של 3GB במחיר של 79 ₪ ובשנה  
12    הראשונה ניתנת הטבה של 20 ₪ לחודש, כך שהמחיר בשנה הראשונה הינו 59 ₪. בבקשה נטען כי  
13    משיחה שקיים מר אורך דה לנגה, נציג המבקש, עם נציג וואלה! מובייל ביום 18.3.15 עלה כי וואלה!  
14    מובייל מציעה שירותי תקשורת דומים או זהים במחיר נמוך בשיעור ניכר. בין היתר מציעה וואלה!  
15    מובייל מסלול 3GB Unlimited Mobile שתנאיו זהים לחלוטין למסלול חבילת unlimited, וסכום  
16    שירותי תקשורת אלה עומד על 29 ₪ בלבד. כמו כן מציעה המשיבה מסלול "פלאפון Light",  
17    המאפשר 100 דקות שיחה ו- 200 מיסרונים וגלישה בנפח של 50MB במחיר של 19.9 ₪ לחודש  
18    ומסלול דומה תחת המותג וואלה! מובייל המאפשר 80 דקות שיחה, 80 מיסרונים וגלישה בנפח של  
19    80MB במחיר של 9.9 ₪ לחודש.

20  
21    בבקשה נטען כי בשיחות שקיים מר דה לנגה עם נציגי פלאפון בתאריכים 12.3.15 ו- 18.3.15 לא  
22    הוצגו לו מסלולים המשווקים תחת המותג וואלה! מובייל אלא רק מסלולים של חברת פלאפון וכי  
23    נמסר לו כי בכל הנוגע לשירותי וואלה! מובייל עליו לפנות לאתר האינטרנט של וואלה! מובייל.

24  
25    ב. עוד נטען כי בשיחה שקיים המבקש עצמו, שהינו לקוח קיים של פלאפון, עם נציג חברת פלאפון  
26    ביום 12.3.15, וביקש לברר האם באפשרותו לעבור למסלול זול יותר נאמר לו כי אין מסלול זול  
27    יותר, ובנוסף, לא הוצעו לו המסלולים של מותג וואלה! מובייל, ולא הוצע לו המסלול המוצע  
28    לקוחות חדשים במחיר של 59 ₪ לחודש. האמור, כך נטען, מהווה אפליה בין לקוחות חדשים  
29    לקוחות קיימים.

30  
31    בתגובתה לבקשת האישור לא חלקה פלאפון על התשתית העובדתית שבבסיס בקשת האישור.

32  
33





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 ד.4.2. בקשת האישור נגד פרטנר (ת"צ 5208-05-15)

2 המבקשת הינה לקוחה עסקית של פרטנר. התשתית שבבסיס הבקשה נגד פרטנר זהים לאלה  
3 שבבסיס התובענות נגד יתר הספקיות. בבקשה נטען כי משיחות שניהל בנה של המבקשת אורן דה  
4 לנגה עם נציגי השירות של פרטנר עולה כי פרטנר מפלה את לקוחותיה בשניים: **האחד, היא מפלה**  
5 **בין לקוחות חדשים שפנו באמצעות האינטרנט לבין לקוחות חדשים שפנו באמצעות הטלפון או**  
6 **באמצעות נקודות המכירה.** נטען כי פרטנר מציעה באתר האינטרנט שלה מסלול Basic Choice  
7 המאפשר לנהל שיחות ולשלוח מסרונים ללא הגבלה וכן חבילת גלישה באינטרנט בנפח של 3GB,  
8 וזאת במחיר של 85 ₪ לחודש למשך 18 חודשים. לעומת זאת, בנקודות המכירה ובמוקד הטלפוני  
9 מציעה המשיבה מסלולים בתנאים טובים יותר. כך לדוגמא, ללקוחות פרטיים חדשים הפונים  
10 באמצעות הטלפון ובנקודות המכירה מציעה פרטנר מסלול שיחות ומסרונים ללא הגבלה וחבילת  
11 גלישה בנפח 5GB, תמורת סכום של 59 ₪ לחודש למשך חצי שנה ולאחר מכן 69 ₪ לחודש; **השני,**  
12 **היא מפלה בין לקוחות חדשים לקיימים.** ללקוחות חדשים, פרטיים ועסקיים, הפונים ל-פרטנר,  
13 מציעים נציגי פרטנר מסלולים בתנאים טובים יותר מאשר ללקוחות קיימים. כאשר לקוחות  
14 קיימים פונים ל-פרטנר מעת לעת בבקשה לשלם מחיר נמוך יותר עבור אותם שירותים או שירותים  
15 דומים, בדומה למחיר שמשלמים לקוחות חדשים- המשיבה מסרבת לכך.  
16

17 ה.4.2. בקשת האישור נגד נטוויז'ן (ת"צ 6121-09-14)

18 עניינה של בקשה זו בטענות המבקשים בדבר אפלייתם לרעה של לקוחות שביקשו לרכוש מהמשיבה  
19 שירותי שיחות טלפון לחו"ל, וזכו לקבל ממנה הצעות מחיר שונות בתכלית עבור אותו שירות. כך,  
20 לדוגמא, עבור שיחות טלפון לארה"ב נדרש המבקש, לטענתו, לשלם למשיבה מחירים גבוהים מאלו  
21 שנדרשו לשלם לקוחות אחרים. מעבר לטענות העדר השוויון והאפליה, שהועלו ביתר בקשות  
22 האישור, מתמקדת בקשה זו בהפרת הוראת הרישיון המחייבת את המשיבה לפרסם את תעריפי  
23 שירותיה, ובהעדר שקיפותם של התעריפים.  
24

25 כדי להקל על הבנת בקשת האישור דנן, אקדים ואפרט עובדות מספר העומדות ביסודה, אשר אינן  
26 שנויות, למעשה, במחלוקת:  
27

28 א. כדי ליהנות משירותיה הנדונים של נטוויז'ן אין צורך להפוך למנוי שלה, שכן ניתן להתקשר  
29 באמצעותה לחו"ל גם כלקוח מזדמן. עם זאת יצוין כי תעריפי השיחות ללקוחות מזדמנים, בהם  
30 בקשת האישור אינה עוסקת, גבוהים יותר מאשר המחירים המוצעים למנויים.  
31

32 ב. ללקוחות שבחרו להפוך למנויים של נטוויז'ן מוצעים שני סוגים עיקריים של מסלולים (אשר  
33 נטוויז'ן בוחרת לכנותם בתשובתה: "**מבצעים**" או "**חבילות מבצע**") : **האחד, מסלול "בנק דקות"**



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 במסגרתו רוכש המנוי חבילה של דקות שיחה, והוא משלם את מלוא התמורה אף אם לא ניצל את  
2 החבילה במלואה (ובגין חריגה משולם תשלום נוסף בגין כל דקת שיחה); השני, מסלולים  
3 המורכבים מתמהילים שונים ומגוונים באשר להיקף מדינות היעד וזהותן, לתעריף דקת שיחה  
4 ולתעריף דמי המנוי החודשיים הקבועים (ראו, להמחשה, את תקנוני המסלולים שנמסרו על ידי  
5 נטוויז'ן לחוקרים הפרטיים שהועסקו על ידי המבקש – נספח 24 לבקשה).

6  
7 ג. נטוויז'ן הצהירה – והצהרתה לא נסתרה – כי ככלל לא נהוגים אצלה מסלולים ייחודיים למדינת  
8 יעד אחת בלבד, כי אם למגוון של יעדים, כשהיקף המדינות שבמבצע וזהותן, מתוך כלל מדינות  
9 היעד הזמינות בנטוויז'ן, משתנה ממסלול אחד למשנהו.

10  
11 על רקע האמור לעיל נחזור לבקשת האישור:

12 א. המבקש, מר גיל דור (להלן: "דור"), פנה למוקד המכירות הטלפוני של נטוויז'ן ביום 21/2/14  
13 וביקש הצעה לשיחות לארה"ב. לדבריו, קיבל הצעה למחיר קבוע של 9.90 ₪ לחודש + 9 אגורות  
14 לשיחות לארה"ב מטלפון נייד. במהלך השיחה עמו לא הוצעה לו כל הצעה אחרת ולא נאמר לו כי  
15 נטוויז'ן מציעה תוכניות תעריפים או מסלולים אחרים, במסגרתם יוכל לשלם מחיר נמוך יותר  
16 עבור שיחות לארה"ב.

17  
18 ב. רק בעת קבלת החשבונית הראשונה מיום 10/3/14 (נספח 5 לבקשה) נודע לדור, כי הוא מנוי  
19 ל"חבילת מבצע" בשם "שיחות בינלאומיות בחבילה 5 יעדים עולמיים 2011 הכולל דמי מנוי  
20 חודשיים ב-9.9 ₪ כולל מע"מ", כמצוין על גבי החשבונית, וכי אין מדובר במבצע לארה"ב בלבד.

21  
22 ג. בדיעבד הסתבר לדור, כי באותה עת הציעה נטוויז'ן ללקוחות אחרים מסלולי חיוג לארה"ב  
23 שתנאיהם עדיפים מאלו שהוצעו לדור. כך, לדוגמא, באתר האינטרנט של נטוויז'ן פורסמה חבילת  
24 מבצע לשיחות למגוון יעדים בחו"ל וביניהם ארה"ב בתשלום קבוע של 6.9 ₪ לחודש + 5 אגורות  
25 לדקה (נספח 6 לבקשה). יודגש, כי הפרסום התייחס לחבילה הנ"ל בלבד, וכי באתר האינטרנט,  
26 תחת לשונית "מבצעים ומסלולים" לשיחות בינלאומיות, לא מפורסמים מבצעים כלשהם לשיחות  
27 בינלאומיות.

28  
29 ד. מחקירה פרטית שהזמין דור לצורך ביסוס התשתית הראייתית לבקשת האישור עלו הממצאים  
30 הנוספים שלהלן: באחת השיחות הציעה נטוויז'ן לחוקר הפרטי שביקש הצעה עבור שיחות  
31 לארה"ב מחיר של 4.9 ₪ לחודש + 9 אגורות לדקת שיחה, שהינה זולה מכל בחינה ומכל היבט  
32 מההצעה שהוצעה למבקש (הן בתעריף החודשי הקבוע, הן בתעריף לדקת שיחה ליעד המבוקש);  
33 בשיחה אחרת שביצע החוקר הפרטי, הוצע לו עבור שיחות לארה"ב מחיר של 6 ₪ לחודש + 8



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 אגורות לדקת שיחה, ואף הצעה זו טובה יותר, מכל בחינה ומכל היבט, מההצעה שהוצעה למבקש;  
2 בשיחה נוספת הציעה נטוויז'ן לאחד החוקרים, שביקש אף הוא הצעה לשיחות לארה"ב, מחיר של  
3 19.9 ₪ לחודש + 15 אגורות לדקת שיחה (תמלילי ההקלטות נספחים 7-22 לבקשה; תצהירי  
4 החוקרים ת/2-ת/3; דיסק ההקלטות נספח 23).

5  
6 ה. מהחקירה אף הסתבר כי לעיתים מציגה נטוויז'ן לצרכן הצעה בדמות "בנק דקות", כלומר:  
7 מחיר קבוע תמורת מספר דקות חיוב ללא תשלום נוסף. כך, לעיתים, הציעו הנציגים לחוקר הפרטי  
8 שירות שיחות לארה"ב תמורת 59.9 ₪ לחודש עבור 400 דקות ללא תשלום נוסף (נספחים 20-21);  
9 19 ₪ לחודש עבור 220 דקות ללא תשלום נוסף (נספח 9); 29 ₪ לחודש עבור 330 דקות ללא תשלום  
10 נוסף (נספח 9). אף הצעות אלו לא הוצעו לדור במועד ההתקשרות, ואף לא בשיחות רבות אחרות  
11 שקיימו החוקרים הפרטיים עם נציגי נטוויז'ן.

12  
13 ו. כך לכאורה היו פני הדברים גם בשיחות שיחות בינלאומיות ליעדים אחרים ברחבי העולם.  
14 לדוגמא: במסגרת החקירה ביקשו החוקרים לדעת מה המחיר לשיחות לאנגליה וצרפת, וקיבלו  
15 הצעות שונות לחלוטין זו מזו (ראו פירוט בסעיף 84 לבקשה).

16  
17 ז. לאחר השיחות הטלפוניות עם נציגי נטוויז'ן קיבלו החוקרים מנטוויז'ן את תקוני חלק  
18 מהמסלולים אשר ההצעות שקבלו חולצו מהם (נספח 24 לבקשה). המדובר בתקנונים של חבילות  
19 מבצע שונות, הכוללות, כפי שהוסבר, מסלולים המורכבים מתמהילים שונים ומגוונים באשר  
20 להיקף מדינות היעד וזהותן, לתעריף דקת שיחה לכל אחת מהן ולתעריף דמי המנוי החודשיים  
21 הקבועים, ואשר נטוויז'ן אינה נוהגת לפרסמן בנימוק שסעיף 68 לרישיון אינו חל עליהן. אין  
22 מחלוקת, כי הן ההצעה שקבל דור לביצוע שיחות לארה"ב (סך של 9.9 ₪ לחודש + 9 אגורות לדקת  
23 שיחה), הן ההצעות לביצוע שיחות לארה"ב שקבלו לקוחות אחרים (כגון: סך של 6 ₪ לחודש + 8  
24 אגורות לדקת שיחה) – חולצו על ידי נציגי השירות מהחבילות הנ"ל או מאחרות כמותן.

25  
26 **4.3 התשתית העובדתית הנוגעת לספקיות שירותי הטלויזיה הרב ערוצית**

27 **4.3.4. א. בקשת האישור נגד הוט (ת"צ 7263-12-13)**  
28 המבקשים הינם לקוחות של חברת הוט. המבקשים פירטו כי באתר האינטרנט של הוט מצוי מחירון  
29 אשר קובע, בין היתר מחירים כדלקמן:  
30 1. הוט VOD - 25 ₪ לחודש;  
31 2. ערוץ אגו - 25 ₪ לחודש;  
32 3. חבילת ערוצי ספורט 5 - 52 ₪ לחודש.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

לטענתם, הם לקוחות מן השורה בחברת הוט, המנויים על חבילת "הוט טריפל" ומשלמים סך של 308 ₪ לחודש בעבור שירותי טלוויזיה רב ערוצית, טלפוניה קווית ואינטרנט. כמו כן הם משלמים בנפרד 25 ₪ בחודש בעבור שירותי הוט VOD. לבקשה צורפו חשבוניות של המבקשים (נספח 4).

לטענתם, המשיבה נוהגת להעניק הנחות והטבות ללקוחות שהיא "חפצה ביקרם" (סעיף 1 לבקשת האישור), ובפרט ללקוחות "מתמקחים" המאיימים לנטוש אותה או לכאלה המצטרפים אליה מחברה אחרת או ללקוחות אותם מעוניינת הוט לצרף לשירותיה, והכול בניגוד לחובה המוטלת עליה שלא להפלות במחירי השירותים אותם היא מספקת.

הנחות והטבות אלה, כך נטען, ניתנות בדרכים שונות:

- א. ללקוחות מסוימים ניתנת "הנחת טלוויזיה חודשית" בסכום קבוע, אשר אינה ניתנת לאחרים.
- ב. לקוחות מסוימים מקבלים את שירות ה-VOD ללא כל עלות, או במחיר מופחת לעומת מחיר המחירון של הוט (אשר נכון למועד הגשת הבקשה עמד על 25 ₪).
- ג. לקוחות מסוימים מקבלים חבילות, דוגמת חבילות ספורט, בהנחה חודשית קבועה לעומת מחיר המחירון.
- ד. לקוחות מסוימים מקבלים ערוצים בודדים בהנחה חודשית, לעומת מחיר המחירון.

המבקשים צירפו חשבוניות של ארבעה לקוחות (נספחים 7א-7ד לבקשת האישור) מהם עולה כי אותם לקוחות זכו למחירים זולים יותר, כגון ערוץ ה-VOD שניתן בחינם או בהנחה רצינית, הנחת טלוויזיה חודשית, ערוץ "אגו" במבצע בעלות של 7 ₪ במקום 25 ₪, חבילת ערוצי ספורט במחיר 36.46 ₪ במקום 52 ₪ ועוד.

המבקשים טענו כי ההטבות המפליגות שהוט מעניקה לאותם מנויים שהיא חפצה ביקרם מהוות אפליה לרעה של לקוחותיה הוותיקים הנאמנים-אלו שאינם באים אליה בטרוניות ומאיימים לעזובה. נטען, כי הוט מנהלת מו"מ על בסיס פרטני עם מנויים בודדים, שאינם נחשבים ל"סוג מנוי", ואשר הינם בעלי מאפיינים זהים לחלוטין ללקוחות אחרים ומעניקה לחלקם הטבות מפליגות על פני אחרים. בדרך זו הוט שומרת על רמת מחירים גבוהה ללקוחותיה הנאמנים מחד, ומונעת עזיבה של לקוחות מאידך, והכול תוך פגיעה בתחרות החופשית.

הוט בתגובתה מיום 7.5.15 לא חלקה על התשתית העובדתית שפורטה לעיל וביקשה להדוף את התובענה בטענות משפטיות שונות. בין היתר טענה, כי הוראות הרישיון אינן עוסקות כלל בסוגיה של מתן הטבות אותן מעניקה הוט מעת לעת ללקוחותיה באופן שאין בו כדי להפר את הוראות הרישיון. המדובר ב הטבות נקודתיות המוגבלות בזמן, כאשר אלו ניתנות, למשל, כפיצוי לפנים



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוד נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

משורת הדין בגין פנייה או חוסר שביעות רצון נקודתי של לקוח משירותיה ובמטרה לשמרו כלקוח מרוצה. כל זאת, באופן שאינו משנה את תנאי המסלול שאליו המנוי הצטרף ואת התעריף הקבוע למסלול שבו בחר. בנוסף, הוט רשאית להעניק הטבות מוגבלות בזמן ללקוחות פוטנציאליים, במטרה לצרפם כמנויים על שירותיה.

הוט תיארה כי נוהגת בדרך הבאה:

- א. היא מציעה מסלולים שונים ומגוונים לכלל לקוחותיה, בהתאם לצרכיהם ולדרישותיהם, ללא כל אפליה ביניהם. דמי המנוי שמשלם כל לקוח נקבעים בהתאם למסלול בו בחר.
- ב. מעת לעת מעניקה הוט הטבות מוגבלות בזמן כפיצוי נקודתי על חוסר שביעות רצון שהביעו לקוחות בפניה (בגין תקלות בהן נתקלו או שירות לקוי שקיבלו) והכל לפנים משורת הדין וכדי לשמרם כלקוחות מרוצים.
- ג. לעיתים, מציעה הוט הטבות מוגבלות בזמן ללקוחות המצטרפים לשירותיה, וזאת במנותק ולצד המסלול בו בחרו, כחלק משיקולים מסחריים לגיטימיים של תחרות בין גופי התקשורת השונים.

3.4.ב. בקשת האישור הראשונה נגד YES (ת"צ 62371-06-15)

המבקשים הינם מנויים של YES, בבקשה טענו כי ביום 8.2.15 פנו ל-YES בבקשה להתחבר לשירותיה. לטענתם, נציגי המשיבה הציעו להם מבצע מסוג TOP כאשר דמי המנוי לחודש הינם 244 ₪ לחודש. כמו כן הוצעו להם הנחות כדלקמן: ב-18 החודשים הראשונים תשלום בסך של 229 ₪ לחודש, המהווה הנחה של 15 ₪ לחודש, כאשר בחודשיים הראשונים התשלום הינו בסך של 149 ₪ לחודש, המהווה הנחה של 95 ₪ לחודש. לטענתם, הם התקשרו עם YES במבצע זה ושילמו הסכום האמור בחודשים פברואר-מאי 2015. בתחילת חודש מרץ 2015 נתקלו המבקשים בפרסום של יס אודות מבצע זה לזה עליו הם חתומים למעט בשתי נקודות: האחת, תשלום של 99 ₪ לחודשיים ראשונים (במקום 149 ₪ ששילמו המבקשים), כלומר הנחה של 100 ₪ נוספים לחודשיים מעבר להנחה שהוצעה להם. השנייה, הגבלת תחולת המבצע האמור למנוי חוזר בלבד, דהיינו רק למי שהתנתק משירותי המשיבה במהלך שנת 2014. לפיכך, ביום 3.3.15 פנתה המבקשת ל-YES בבקשה להחיל עליה את הוראות המבצע המיטיבות. בתחילה ניסתה נציגת המשיבה להתכחש לקיומו של המבצע המפלה, ולאחר חקירה ודרישה והעברה לנציג אחר של המשיבה, הבהיר האחרון כי המבקשים אינם זכאים לקבלת ההנחה הנוספת שכן הן אינם מנוי חוזר.

המשיבה בתגובתה לא הכחישה המסכת העובדתית המתוארת לעיל והעלתה טעמים שונה המצדיקים לטעמה מתן מבצעים והטבות לסוגים של לקוחות.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 4.3.g. בקשת האישור השנייה נגד YES (ת"צ 48167-07-15)

2 המבקשת הינה לקוחה פרטית של YES. במסגרת הבקשה נטען בתמצית, כי מתקיימת אפליה בין  
3 לקוחות החברה במספר מישורים:

4 א. אפליה של לקוחות החברה הקיימים בינם לבין עצמם. כך לדוגמא, במסגרת הטבה מס' 198281  
5 מוענק ללקוח קיים זיכוי בסך 150 ₪ לחודש למשך 3 חודשים. המבקשת תיארה כי בשיחה  
6 שהתקיימה בין לקוחה של החברה (אשר ביצעה את השיחה עבור המבקשת) לבין נציגת המשיבה  
7 ביום 30.6.15, הכחישה הנציגה קיומה של הטבה כזו וסירבה לתיתה ללקוחה. הדבר חזר על עצמו  
8 בשיחה שקיים בנה של המבקשת, מר אורן דה לנגה עם נציגת המשיבה ביום 19.7.15. המבקשת  
9 הביאה דוגמאות נוספות של מבצעים להם יזכה לטענתה רק לקוח "מתמקח", כגון הנחה על תשלום  
10 עבור ה-VOD (12.5 ₪ במקום 24.90 ₪ לתקופה של 3 חודשים), בעוד שלקוח רגיל אשר אינו מודע  
11 להטבה- אינו זוכה לה.

12  
13 ב. אפליה של לקוחותיה הפרטיים הקיימים של החברה בינם לבין עצמם. בעניין זה הפנתה  
14 המבקשת למבצע "חבר מביא חבר" שפורסם בהודעת סמנכ"ל התפעול של YES מיום 10.5.15,  
15 מבצע אשר יכול להיות מוצע רק ע"י עובדי החברה ומופנה רק למצטרפים חדשים הנמנים על חוג  
16 המכרים של אותם עובדים. מבצע זה אינו מתפרסם באופן גלוי ופתוח לקהל הרחב.

17  
18 ג. אפליה בין לקוחותיה הקיימים של החברה לבין לקוחותיה החדשים- בעניין זה נטען כי החברה  
19 מציגה באתר הבית שלה, מבצעים במסלולי TOP השונים (שלושה מסלולים), המיועדים למצטרפים  
20 חדשים בלבד. כפי שעלה משיחות שניהל בנה של המבקשת עם נציגת YES ביום 28.6.15 וביום  
21 30.6.15 החברה מסרבת לאפשר ללקוח פרטי קיים של החברה להצטרף לכל אחד מהמסלולים.

22  
23 המשיבה בתגובתה לא הכחישה המסכת העובדתית המתוארת לעיל והעלתה טעמים שונים  
24 המצדיקים לטענתה מתן מבצעים והטבות לסוגים של לקוחות.

25  
26 **5. טיעוני הצדדים**

27 **5.1 טיעוני המבקשים**

28 בקשות האישור שנסקרו לעיל עוסקות בלקוחות חדשים ולקוחות מתמקחים, וכן בפרסום  
29 התעריפים המיוחדים הניתנים להם. המבקשים בכל התובענות טוענים בתמצית כי בשני  
30 התרחישים כאחד מפרות המשיבות את חובתן להציע תעריפים שקופים ואחידים לכל לקוח "מאותו  
31 סוג", חובה המעוגנת הן ברישיונותיהן של המשיבות, הן בהיותן גוף שנמסר לידי משאב ציבורי  
32 הנושא ככזה בחובות שוויון מוגברות. אפלייתם של חברי הקבוצה, שלא זכו במחירים המופחתים,  
33 לרעה, לעומת מנויים אחרים "מאותו סוג" מקימה לחברי הקבוצה עילות תביעה שונות, וביניהן





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 הפר חובה חקוקה, הפרת חוזה, חוסר תום לב במשא ומתן, ועשיית עושר ולא במשפט. הפרה נוספת  
2 של הרישיונות נובעת, לטענתם, מאי פרסום התעריפים או ההטבות שמקבלים אותם לקוחות. נזקם  
3 של חברי הקבוצה הנו ההפרש בין המחיר ששלמו מדי חודש לבין המחיר שהיו משלמים לו הוצעה  
4 להם ההצעה הטובה ביותר שהוצעה לחבריהם. כעת אפנה לסקור את הטענות בתובענות השונות.

5

6 5.1. א. טיעוני הצדדים בבקשות המופנות כלפי ספקיות האינטרנט (בזק בינלאומי, סמייל ונטוויז'ן)  
7 בבקשות אלו טוענים המבקשים, כי הם אינם מלינים על עצם קיומו של שוני במחירים שמשלמים  
8 מנויי המשיבות עבור שירותים זהים מכוח עסקאות עבר, שהרי מחירו של שירות עשוי כמובן  
9 להשתנות מעת לעת (עקב הוזלה או התייקרות), כך שלקוחות שכרתו הסכמים עם המשיבות  
10 בתקופות שונות ישלמו מחירים שונים. הם אף אינם טוענים, כי מרגע שהמשיבות הוזילו מסיבה זו  
11 או אחרת את המחיר עבור שירות מסוים, היה עליהן לפנות באופן יזום לכלל מנוייהן ולהציע להם  
12 לבטל את הסכמיהם הקיימים ולכרות תחתיהם הסכמים חדשים במחירים נמוכים יותר. טענתם  
13 היא, כי המשיבה מציעה את אותו שירות ממש באותו מועד, ללקוחות דומים- אך במחירים שונים;  
14 לטענתם, כאשר המשיבות מציעות ללקוח מחיר מוזל עבור שירות מסוים - בין אם עקב פניה של  
15 הלקוח אליהן, בין אם עקב פניה מצדן אל הלקוח - הרי עליהן להציע את אותו המחיר לכל הלקוחות  
16 האחרים "מאותו סוג" שהן נושאות ונותנות עמם באותה העת, כך שלכל הלקוחות שאין ביניהם  
17 שוני רלוונטי ושמוצעת להם באופן פוזיטיבי הצעת מחיר עבור השירות - יוצע מחיר אחיד.

18

19 כנגד **בזק בינלאומי** נטען עוד כי טענותיה אינן נוגעות לפרשנות הוראות הרישיון אלא תוקפות את  
20 הוראות הרישיון עצמן, בהדגישן את התוצאות הקשות שתיגרמנה לשיטתה אם תחוייב למלא אחר  
21 הוראות הרישיון. טענת בזק בינלאומי כי קביעת מחירים שלא על בסיס התמקחות אינדיבידואלית  
22 תפגע קשות בתחרות- אין מקומה במסגרת הליך תובענה ייצוגית, מה גם שהיא לא הוכחה (מדובר  
23 על טענה במומחיות, ובזק בינלאומי לא צירפה חוות דעת להוכחתה). עוד נטען כי מחוקק המשנה  
24 קבע כי האיסור על הפליית מחירים משרת מטרות פרו-תחרותיות, ואין בזק בינלאומי רשאית  
25 לתקוף את שיקול דעת הרגולטור אלא אם נפלו בו פגמים כגון שיקולים זרים.

26

27 5.1. ב. טיעוני הצדדים בבקשות שעניינן אספקת שירותי טלפון חו"ל (נטוויז'ן ובזק בינלאומי)  
28 בבקשה נגד נטוויז'ן (שעניינה באספקת שירותי שיחות טלפון לחו"ל), וכן בזו שנגד בזק בינלאומי,  
29 נטען להפרת חובת הגילוי והשקיפות באשר לחבילות המבצע והמסלולים המוצעים, המובילה  
30 לפגיעה בשוויון ולהפרתו של איסור אפליית המחירים, שכן היא מאפשרת לחברה להציע ללקוחות  
31 "מאותו סוג" חבילות מבצע שונות, כפי שאירע לכאורה בעניינם של המבקש בעניין נטוויז'ן ושל  
32 החוקרים הפרטיים מטעמו. היעדר מידע ושקיפות פוגעים ביכולת הלקוח לבצע בחירה מושכלת. על  
33 החברה לספק לכלל המנויים והלקוחות הפוטנציאליים אשר מבקשים זאת, מידע ברור לגבי כל



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 תכניות התעריפים והמסלולים הקיימים, בנקודת זמן נתונה, על מנת שכל לקוח יוכל לבצע בחירה  
2 מושכלת. לעניין זה אין זה משנה אם ההבדל בתמחור מוצג כ"הטבה" או כתכנית תעריפים נפרדת  
3 ללקוחות נבחרים בלבד, שכן בשני המקרים מדובר בתוכנית פרטנית הנתפרת לכל לקוח על פי  
4 מידותיו ובהתאם ליכולת המיקוח שלו.

5  
6 1.5.ג. טיעוני המבקשים בבקשות האישור המופנות כלפי ספקיות שירותי הסלולר (סלקום, פלאפון  
7 ופרטנר) וכן באלה שנגד ספקיות האינטרנט (בזק בינלאומי, נטוויז'ן וסמייל)  
8 בבקשות אלו נטען, כי המשיבות נקטו אפליה אסורה בין מנויים שונים ללא כל סיבה או הצדקה  
9 (לקוחות חדשים מול חדשים, חדשים מול קיימים, קיימים מול קיימים, חדשים מול חדשים  
10 מתניידים, לקוחות המצטרפים באינטרנט למול לקוחות המצטרפים בטלפון או במרכזי השירות  
11 ועוד). ייחוד הנחות והטבות עלומות ללקוחות "מתמקחים", מפלה לרעה את הלקוחות "התמימים"  
12 שאינם יודעים עליהן שכן הדברים אינם שקופים ואינם מפורסמים; יש לדחות פרשנות המשיבות  
13 ולפיה אפליה הינה רק כזו המבוצעת על בסיס דת, מין גזע וכו'; המונח "סוג מנויים" שבהוראות  
14 הרישיון כוונתו לשונות רלוונטיות ביון סוגי מנויים, ולקבוצות מוגדרות באוכלוסייה, בהסתמך על  
15 מאפיינים ייחודיים הקיימים להם כגון: חיילים, סטודנטים, שומרי שבת וחג (העושים שימוש  
16 מצומצם יחסית בשירותי הסלולר והאינטרנט) וכו'. "סוג מנוי" הינו תלוי השימוש אותו עושה המנוי  
17 בשירות ואופן צריכתו. הדגש הוא על מאפיינים קבוצתיים הניתנים להוכחה ולכימות ולא על  
18 מאפיינים אינדיווידואליים; הוראות הרישיון האוסרות על המשיבות להפלות בין לקוחות תורמות  
19 לתחרות החופשית שכן הדבר יוצר מגרש משחקים מאוזן בין המשיבות ומונע התנהגות טורפנית  
20 מצד חברות סלולר ותיקות כלפי מתחרים קטנים.

21  
22 תכלית נוספת העומדת בבסיס הוראות הרישיון, פרט לשוויון, שקיפות ומניעת פערי מידע, הינה  
23 הגנה על לקוחות מוחלשים נעדרי כוח מיקוח; עוד נטען כי שמירה על שקיפות מחירים ופרסומם  
24 ללקוחות הינם כלי לקידום תחרות חופשית שכן מאפשר ללקוח להשוות מחירים; נטען, כי חוות  
25 דעתו של מר פרלמן נסמכת על הנחות עובדתיות בלתי מבוססות ואינן אלא ספקולציה שיש לדחותה  
26 מפני עמדת משרד התקשורת ועמדת היועמ"ש; עוד נטען, כי משרד התקשורת הביע מספר פעמים  
27 עמדתו כנגד התנהלות המשיבות, ממנה עלה כי התכלית הרגולטורית בתחום התקשורת שונה  
28 מהתכלית לשמה נקבעו הוראות דיני ההגבלים העסקיים. הפעילות בתחום התקשורת מוסדרת  
29 בחוק אחר וברישיונות שניתנו על פיו, וחובה על חברות הסלולר והאינטרנט לציית להוראות החוק  
30 ולרישיונות. אין הם רשאים להפר הוראות אלה מכוח רגולציה המצויה בתחום אחר ופועלת  
31 לתכליות שונות, מה גם שהתחרות החופשית אינה חזות הכל; עמדתו הלאקונית של הממונה על  
32 הגבלים עסקיים, כמו גם עמדת רשות הכבלים והלוויין, ניתנו ביחס לשוק הטלוויזיה שבו אסדרה  
33 אחרת, והן אינן רלוונטיות לתחום הרט"ן (רדיו טלפון נייד). ההתייחסות היא בעיקר לחברות הסלולר





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

**ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES**

אך גם לספקיות האינטרנט); משרד התקשורת הוא הממונה על קביעת הוראות הרישיונות ועל פרשנותן ואין הוא מחויב להתייעץ עם הממונה על הגבלים עסקיים ביחס לפרשנותן הראויה של ההוראות ואף אם התייעץ אין הוא מחייב לקבל את עמדת הממונה. בנוסף, בהתאם לסעיף 6 לחוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, תשע"ד-2013 (להלן: **חוק הריכוזיות**), חובת התייעצות עם הממונה על הגבלים עסקיים חלה רק ביחס להחלטה הנוגעת להקצאת זכויות לגורם ריכוזי. הרישיונות בענייננו ניתנו לפני שנים רבות עוד טרם כניסת חוק הריכוזיות לתוקפו, ולכן הוראה זו אינה רלוונטית לענייננו. עוד נטען, כי על אף הליך הבחינה שערך משרד התקשורת לא חל כל שינוי בפרשנות משרד התקשורת את הוראות הדין הקיים וממילא הליך ה-RFI נזנח. **בזק בינלאומי, כמו גם סמייל ונטוויז'ן**, טענו כי בהתאם לסעיף 11.2 לרישיון בכל מחלוקת לגבי פרשנות הוראות הרישיון או סתירה ביניהן "יקבע המנהל מה פירוש ההוראות" ולכן יש ליחס לעמדת משרד התקשורת משקל מכריע.

באשר לתביעה כנגד פלאפון בעניין המותג **וואלה! מובייל** נטען, כי המשיבה נוהגת באפליה שכן מסלולי המותג פלאפון מוצגים באתר האינטרנט ומוצעים ללקוחות ע"י נציגי המכירה ואילו המסלולים הזולים של וואלה! מובייל אינם מוצגים באתר האינטרנט והנציגים אינם מציעים אותם ללקוחות ואף מסתירים אותם. הקישור הקיים באתר פלאפון לאתר וואלה! מובייל אינו מתקן את האפליה שכן אינו מוצג בדף בו מוצגים המסלולים אלא בדף העוסק במחירי המכשירים, ואין מצויין בו כי הוא קישור למסלולים נוספים זולים יותר. טענת פלאפון כי יש להבחין בין מחירי שירותים למחירי מסלולים (שאינם חלק מהשירותים) דינה להידחות בהיעדר כל בסיס להבחנה מסוג זה.

בבקשת האישור נגד **הוט ו-YES** נטען גם כן, כי "לקוח מתמקח" אינו סוג מנוי, כי אפליה על בסיס כוח מיקוח הינה אסורה, וכי אפליה מותרת רק על בסיס הבדלים בדפוסי הצריכה והשימוש; שגתה המועצה כאשר בהחלטתה מיום 10.3.16 קבעה כי אין למנוע הבחנה בין מנויים חדשים לקיימים, שכן עמדה זו סותרת את רישיון המשיבה, שכן אינם מתאפיינים בדפוסי צריכה ושימוש שונים ולכן אין מקום להבחנה תעריפית ביניהם; אפילו יש לראות בהחלטת המועצה משום היתר לאפליה בה עסקינן, הרי שיש בכך לפעול ממועד ההחלטה לעתיד ואין בכך להכשיר אפליה שבוצעה בעבר, שכן רישיון של המשיבות מחייב אותן לקבל אישור בדעבד ממשרד התקשורת ומהמועצה על מנת להציע תעריפים ותנאים שונים לפי סוגי מנויים, והמשיבות לא פנו וממילא לא קיבלו אישור שכזה; עוד נטען, כי מהחלטת המועצה עולה כי אפליה על בסיס כוח מיקוח אסורה, מה גם שהינה אסורה על פי הדין; יש לדחות טענת המשיבה כי לקוחות "רגישי מחיר" הינם קבוצת מנויים, שכן אין להם כל מאפיין אובייקטיבי רלוונטי המצדיק להפלותם לעומת אחרים.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 כל המבקשים בכלל בקשות האישור טענו, כי התקיימו כל התנאים המוקדמים הנדרשים לאישור  
2 תובענה ייצוגית בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות. טענותיהם תוצגנה ותיבחנה בפרוטרוט בהמשך  
3 הדברים.

4

### 5.2 טיעוני המשיבות

#### 5.2.1 טיעוני חברות הטלפון, הסלולר והאינטרנט

##### 5.2.1 א. טיעונים כלליים

8 חברות הטלפון, הסלולר והאינטרנט טענו כי עמדתם הפרשנית של המבקשים בדבר חובת המשיבות  
9 להציע את שירותיהם בתעריפים אחידים, ללא יכולת ניהול משא ומתן פרטני על המחיר, אינה  
10 סבירה, אינה מוצאת ביטוי בהוראות הרישיונות, מנוגדת לתכליתם, קוראת תיגר על הפרקטיקה  
11 הרווחת בשוק התקשורת, פוגעת בזכותן של המשיבות לחופש העיסוק, עשויה להוות "הסדר כובל"  
12 ופוגעת באינטרס הצרכני ובתחרות.

13

14 לטענתן, יש לפרש את איסור אפליית המחירים שברישיונותיהן בהתאם לתכלית האיסור, שהיא  
15 כפולה: תכלית אחת היא התכלית "החוקתית" למנוע אפליה על רקע דת, גזע או מין; תכלית שנייה  
16 היא התכלית "הכלכלית", לפיה יש הגיון באיסור אפליית מחירים רק כאשר הדבר מעלה חשש  
17 לפגיעה בתחרות - אם משום שהיא נועדה להוציא מתחרים מהשוק, אם משום שהיא מאפשרת  
18 לספק להתעשר על חשבון הצרכן. בהינתן שבענייננו אין אפליית המחיר מעלה חשש כלשהו לפגיעה  
19 בתחרות, משמעות ההיגד אינה אלא איסור אפליה חוקתית (כטענת פלאפון), או איסור אפלייתם  
20 לרעה של לקוחות חברות תקשורת אחרות (כטענת בזק בינלאומי), או איסור אפליה על בסיס  
21 גיאוגרפי (כטענת סמייל).

22

23 המשיבות טוענות, כי פרשנות המבקשים לרישיון אינה סבירה שכן תוביל לפגיעה קשה בתחרות עד  
24 כדי איונה, וממילא תפגע עקב כך ברווחת הצרכן. לטענתן, משרד התקשורת לא קיים התייעצות  
25 כנדרש עם הרשות להגבלים עסקיים בטרם הגשת עמדתו ולא נבחנה ההשפעה על התחרות. כן נטען,  
26 כי ככל שהמאסדר תומך היום בעמדתם הפרשנית של המבקשים, הרי מדובר בפרשנות שגויה מן  
27 היסוד. זאת ועוד: עמדתם הפרשנית של המבקשים לפיה הרישיונות אינם מאפשרים ניהול משא  
28 ומתן פרטני על המחיר- פוגעת בתחרות, ויש בה כדי לסתור את דיני ההגבלים העסקיים ואת סעיף  
29 17 לחוק הבזק, המסמך את שר התקשורת להתערב בתעריף רק אם זה "מעורר חשש של לפגיעה  
30 בתחרות בתחום הבזק".

31



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 **סלקום ופלאפון** מוסיפות וטוענות, כי בכל מקרה אין הוראות הרישיונות אוסרות מתן הטבות  
2 שימור לקוחות, שאינן בגדר "סל שירותים" אלא כשמן כן הן: הטבה או הנחה וכיוב' המוענקות  
3 למנוי.

4  
5 המשיבות הצביעו על השינויים שחלו בעמדת משרד התקשורת לאורך השנים: בעבר סבר המשרד  
6 כי אבחנת מחירים שאינה בעלת היבט אנטי תחרותי הינה מקובלת ומותרת ואף יש לעודדה שכן  
7 היא בגדר מחולל תחרות משמעותי בשוק; בתחילת העשור הקודם משרד התקשורת עצמו עודד את  
8 הציבור לנהל משא ומתן עם ספקי התקשורת ולהתמקח, באופן הסותר את עמדתם של המבקשים  
9 ואת עמדתו היום. בשנת 2014 הציג לפתע המשרד פרשנות חדשה, השונה לחלוטין מזו בה דגל משך  
10 שנים, ולפיה לא חל איסור גורף על אבחנת מחירים בין מנויים שאינם משתייכים ל"סוגי מנויים"  
11 שונים.

12  
13 המשיבות טוענות, כי מכתב משרד התקשורת מיום 31.10.13 אשר היה הזרז להגשת בקשת האישור  
14 כנגד פלאפון, כמו גם עמדות משרד התקשורת והיועמ"ש, שהוגשו במסגרת ההליך, הינם חסרי  
15 תוקף ונפקות, בשל אי קיום החובות הקבועות בדין: ראשית, לא קויימה חובת השימוע למרות  
16 שהמכתב היווה למעשה החלת מדיניות חדשה של המשרד ביחס למשיבות וככזו חייב הדבר הליך  
17 שימוע. שנית, הם נעדרי תשתית עובדתית וראייתית והוצאו ללא קיום בחינה של השוק והתחרות  
18 בו, ללא היועצות עם הרשות המקצועית והמוסמכת - רשות ההגבלים העסקיים ומבלי שבוצע  
19 איסוף נתונים או ניתוח כלכלי. שלישית, התברר כי משרד התקשורת אינו יודע מהם העובדות  
20 והשיקולים שנשקלו בשעתו בעת קביעת הוראות הרישיון ולא ביצע בחינה מחודשת של היבט  
21 התחרות כמתחייב על פי סעיף 11(ב) לחוק הבזק.

22  
23 לטענת המשיבות, ממילא הסמכות לפרש הוראות חקיקה והוראות מינהל מסורה לבית המשפט  
24 בלבד. לעמדת הרגולטור יש אמנם משקל בהליך הפרשני, אולם זאת רק מקום בו היא ניתנה על  
25 סמך תשתית עובדתית ומשפטית מקצועית ומבוססת. בנדון לא ניתן לייחס משקל כלשהו לעמדת  
26 משרד התקשורת ולעמדת היועמ"ש ביחס לפרשנות הוראות הרישיון בשל הפגמים שנפלו בה.

27  
28 עוד נטען, כי על אף העמדה העולה לכאורה מעמדת משרד התקשורת, לא מצא לנכון שר התקשורת  
29 להפעיל סמכותו בהתאם לסעיף 17 לחוק הבזק ולמנוע פגיעה בתחרות. המשיבות הסתמכו באופן  
30 לגיטימי על עמדת המאסדר, אשר בזמן אמת לא בא בטענות כלשהן למשיבות. לכל הפחות, ואף  
31 ככל שתקבל עמדת משרד התקשורת, הרי שיש להחילה פרוספקטיבית, מכאן ואילך בלבד.

32  
33



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

### 1 5.2.1. טיעונים של החברות השונות

#### 2 5.2.1.1 (1) טיעוני פלאפון

3 אשר לתובענה כנגד מותג וואלה! מובייל טענה **פלאפון** כי המדובר במותג אינטרנטי מוזל המשווק  
4 באינטרנט בלבד ולא באמצעות נציגי השירות של חברת פלאפון, ונציגי פלאפון אף מבהירים זאת  
5 בשיחות עם לקוחות; ההצטרפות למותג וואלה! מובייל פתוחה לכל מי שחפץ בכך, ללא אבחנה בין  
6 מנוי חדש למנוי קיים של פלאפון. אף תנאי תכניות המותג ותעריפיהן מפורסמים וגלויים לעין כל  
7 באתר. עוד נטען, כי ההתנהלות של פלאפון הינה אחידה ושוויונית, ואין כל ממש בטענת האפליה.  
8 בנוסף, באתר האינטרנט של פלאפון מצויה הפניה ברורה למותג וואלה! מובייל. עוד נטען כי רישונה  
9 של פלאפון אינו אוסר עליה לשווק מותג אינטרנטי מוזל וכי מדובר בהתנהלות מסחרית-תחרותית  
10 תקינה ומקובלת, התואמת את התחרות ואת תנאי השוק. אף אין כל הוראה ברישיון המחייבת את  
11 פלאפון לצרף מנויים לתוכניות באמצעי כזה או אחר והיא רשאית להחליט לפי שיקול דעתה כיצד  
12 לצרף מנויים לתוכניות השונות. נטען, כי אתר אינטרנט אינו "משרד שירות" ואינו "מוקד פניות"  
13 כמובנו בסעיף 75.1 לרישיון פלאפון, ולכן סעיף זה אינו חל ביחס לוואלה! מובייל. סעיף 75.1 אף  
14 אינו עוסק בהעמדת מידע על תעריפי סלי שירותים (שירותים) אלא בהעמדת מידע על תעריפי  
15 שירותים. בנוסף, אף אם הוראת סעיף 75.1 חלה אזי פלאפון מוסרת באתר וואלה! מובייל מידע  
16 מספק בהתאם להוראות הרישיון.

#### 18 5.2.1.1 (2) טיעוני סלקום

19 סלקום מוסיפה וטוענת, כי באותה תקופה ערך המאסדר את תיקון 58 לרישיון סלקום, הקובע כי  
20 על הסכם ההתקשרות לכלול את התחייבותו של בעל הרישיון לשלם למנוי של בעל רישיון אחר  
21 שהפך להיות מנוי שלו, את התשלום אשר יידרש מנוי כאמור לשלם לבעל הרישיון האחר בגין הפרת  
22 התחייבותו לבעל הרישיון האחר. לשיטת סלקום הוראה זו מהווה היתר ברור ומפורש להבחנת  
23 מחיר בין מנוי קיים של בעל הרישיון לבין מנוי חדש.

#### 25 5.2.1.1 (3) טיעוני פרטנר

26 פרטנר טענה להגנתה, כי הבקשה כנגדה נעדרת תשתית עובדתית ולא צורפה לה חוות דעת מומחה  
27 להוכחת הפער הנטען בין המחיר שלקוחות כמותה היו שילמו באותה עת עבור שירותי תקשורת  
28 דומים לבין המחיר הנמוך ביותר שהוצע באותה עת. עוד טענה כי בהיעדר אבחנה בין המנויים  
29 החדשים לבין המנויים הקיימים, המחיר שהלקוחות (החדשים והקיימים) היו משלמים היה ככלל  
30 גבוה יותר, כך שלא נגרם כל נזק לקבוצה. פרטנר תמכה טענתה בחוות דעת ד"ר אסף כהן, לשעבר  
31 סמנכ"ל כלכלה במשרד התקשורת. עוד טענה כי היא אינה מפלה לרעה את המנויים המצטרפים  
32 דרך האינטרנט, שכן כל אדם יכול לבחור כיצד להצטרף, באינטרנט, בטלפון או במוקדי השירות.  
33 כן נטען כי המנויים המצטרפים לתכנית באינטרנט משלמים עבורה אותו מחיר שמשלמים המנויים



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 המצטרפים במוקדי המכירות. כמו כן נטען, כי פרטנר אינה מפלה מנויים קיימים לעומת מנויים  
2 חדשים, מה גם שניתוח הוראות הרישיון מעלה כי מותר לאבחן בין מנויים חדשים ובין מנויים  
3 קיימים ולהציע להם סלי שירותים שונים, וזאת בהתקיים טעם סביר. לטענת פרטנר, קיימים מספר  
4 רב של טעמים סבירים המצדיקים אבחנה כאמור. קביעה לפיה אסור לאבחן בין מנויים חדשים  
5 לקיימים עלולה לפגוע בתחרות, כאשר קידום תחרות הינו עיקרון יסוד המופיע ברישיונה של פרטנר  
6 וכן בחוק הבזק. קביעה שכזו אף תפגע בחופש העיסוק, בחופש החוזים ובקניינה של פרטנר.

7  
8 עוד נטען כי במסגרת תכתובת בין פרטנר למשרד התקשורת בשנת 2013 ביקשה פרטנר לברר האם  
9 מותר לאבחן בין מנויים חדשים לקיימים ומתשובת המשרד עלה כי מותר לאבחן שכן לקוחות  
10 חדשים הם סוג שונה מלקוחות קיימים ומותר להציע להם מסלולים שונים. עוד נטען כי עמדת  
11 משרד התקשורת הוגשה בטרם הוגשה בקשת האישור כנגד פרטנר ואינה מתייחסת לטענות  
12 שהעלתה פרטנר בתגובה לבקשת האישור ובחוות הדעת שצירפה.

13  
14 **4.5.2.1 (4) טיעוני סמייל**

15 סמייל טוענת בנוסף לטענות שפורטו לעיל, כי היא גוף פרטי שפועל במשפט הפרטי ולא חלות עליו  
16 חובות המשפט הציבורי או חובות החלות על גוף דו-מהותי. סמייל איננה מחזיקה בזיכיון לשימוש  
17 במשאב ציבורי מוגבל אלא ברישיון אחד מבין עשרות רישיונות למתן שירותי אינטרנט. היא איננה  
18 מונופול בשוק בו היא פועלת, אלא מתחרה אחת בשוק תחרותי ביותר, שאין בו חסמי שוק עבור  
19 הצרכן אשר חופשי לעבור בכל זמן בין ספק לספק. הפליית מחירים הננקטת ע"י מי שאינו בעל  
20 מונופולין אינה אסורה ויכולה אף להיות סממן של תחרותיות. עוד נטען כי עיקשות במיקוח מצד  
21 הלקוח הינה שיקול ענייני ורלוונטי לקביעת מחיר רכישה של מוצר בשוק תחרותי ואיננה בגדר  
22 שיקול זר, וכי קבוצת הלקוחות המתמקחים אינה שונה מקבוצת הסטודנטים.

23  
24 המשיבות הוסיפו וטענו כי עמדת המבקשים אף סותרת את ההלכה שנפסקה בבג"ץ 2030/12 **אורי**  
25 **הדר עז"ד נ' הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון משרד האוצר** (פורסם בנבו, 2013, להלן: **עניין**  
26 **הדר**), שם נקבע, כי סעיף 3(ב) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005,  
27 האוסר על אפליה בזכויות הניתנות לעמיתי קופות הגמל, אינו אוסר לגבות מעמיתי קופות הגמל  
28 דמי ניהול דיפרנציאליים, וזאת נוכח תכליתו של האיסור והרקע לחקיקתו.

29  
30 המשיבות טוענות כי אם ימצא בית המשפט לאמץ את עמדת המבקשים והמאסדר, הרי מן הדין  
31 לעשות כן על דרך של תחולה פרוספקטיבית הצופה פני עתיד בלבד.

32  
33



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

### 1 5.2.1 ב.5 (5) טיעוני נטוויז'ן

2 במסגרת תגובתה לבקשתה האישור שעניינה באספקת שירותי טלפון לחו"ל מוסיפה נטוויז'ן  
3 וטוענת כדלהלן:

4  
5 א. הצגת "כל המבצעים" בפני כל מנוי, בכל עת, בכל הנסיבות, אינה מקדמת את אינטרס המנוי,  
6 שכן היא מציפה אותו בשלל חלופות בלתי נחוצות, באופן העלול לפגוע באפשרותו לבצע בחירה  
7 צרכנית מושכלת. מסיבה זו, עורכים נציגי השירות של נטוויז'ן בירור עם הפונה בנוגע לדפוסי  
8 השימוש שלו ודי בכך. עוד נטען, כי הוראת של סעיף 68 לרישיון נטוויז'ן אינה קובעת כי חלה עליה  
9 חובה לפרסם במקובץ את כל המבצעים בנטוויז'ן בכל רגע נתון, ואין לפרשה כך, מה עוד שהדבר  
10 יחשוף מידע מסחרי "סודי ורגיש של נטוויז'ן...". נטוויז'ן יוצאת אפוא כדי חובתה כאשר היא  
11 מפרסמת טבלת תעריפים כדוגמת זו שצורפה כנספח ג' לתשובה.

12  
13 ב. בהינתן שתמהילי השימוש הפוטנציאליים של המנויים השונים רבים מאד, קיימת בשירותי  
14 המב"ל חשיבות מכרעת לדפוסי השימוש הפוטנציאליים (הצפויים) של המנוי, ולאלו יש השלכה  
15 ישירה על תמחור מסלולי או מבצעי המנויים, המורכבים, מלכתחילה, מתמהילי מחירים ההולמים  
16 את דפוסי השימוש הפוטנציאליים של המנוי. תמחור דיפרנציאלי זה אינו מפר את הוראות הרישיון,  
17 שהרי אין מניעה לערוך אבחנות במחיר בין מנויים שונים, על בסיס דפוסי הצריכה והשימוש שלהם.  
18 באמור לעיל די כדי לקעקע את התשתית העובדתית של בקשת האישור, שהרי למבקש ולחוקרים  
19 לא הוצעו מלכתחילה מחירים שונים עבור אותו שירות, כי אם תמהילים שונים של מחירים  
20 ושימושים אשר נוכח מספר המשתנים הרב בהם לא ניתן להשוות ביניהם רק על בסיס עלות דמי  
21 המנוי או עלות שיחה ליעד יחיד פלוני.

22  
23 ג. טענת המבקשים כאילו לא הוצע למנויים המבצע ה"מיטבי" עבורם נגועה אף היא בכשל יסודי,  
24 שהרי במועד ההתקשרות לא ניתן בהכרח להצביע על המבצע ה"מיטבי". לשאלה מהו המבצע  
25 ה"מיטבי" אין, כאמור, בהכרח תשובה נכונה אפרורית, אלא הדבר תלוי בשימושים שיבצע המנוי  
26 בפועל, לרבות בכל מחזור חיוב רלבנטי, וניתן להשיב עליה רק בדיעבד.

27  
28 ד. לטענה, לפיה נטוויז'ן מחוייבת להציע לכל צרכן הפונה אליה או שהיא פונה אליו את התוכנית  
29 המיטבית עבורו, לא הונחה תשתית משפטית נאותה. חובה כגון זו לא הוטלה אלא במערכות יחסים  
30 המאופיינות על ידי חובות אמון וחובות זהירות מוגברות, שנושאן עניינים סבוכים ומורכבים  
31 פיננסית, וגם אז נעשה הדבר בחקיקה. אף אחד ממאפיינים אלו אינו מתקיים בנוגע לשירותי  
32 המב"ל.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

### 5.2.2. טיעוני חברות הטלוויזיה הרב-ערוצית

#### 5.2.2.א. טיעוני YES

YES טוענת, כי משך כל שנות פעילותה לא הורתה לה המועצה להימנע מביצוע שינוי במחירוניה או מהצעת הטבה או מבצע מסוים ביחס לסוג מנויים, ולא קבעה כי התנהלותה מפלה בין מנויים או מבוססת על טעמים פסולים או בלתי ענייניים. הדבר מצביע על כך שהמועצה, שהיא הרגולטור המפקח על פעילות YES, סברה כי התנהלות YES (אבחנה בין מנויים חדשים לקיימים) אינה עולה כדי אפליה פסולה, אלא דווקא מקטינה חסמי מעבר ועשויה לסייע לתחרות בענף. המועצה ביצעה בדיקה מעמיקה של מדיניות תעריפים בשוק השידורים, בדיקה שכללה קבלת חו"ד כלכלית של יועץ חיצוני, קבלת עמדות הרשות להגבלים עסקיים, המועצה הישראלית לצרכנות והרשות להכנת הצרכן, ובהחלטתה מיום 10.3.16 אישרה כי התנהלות YES עולה בקנה אחד עם הדין הקיים. מקום בו הרגולטור הפעיל סמכויות פיקוח ואכיפה המוקנות לו ואישר התנהלות מסוימת- אין לאפשר שימוש בכלי התובענה הייצוגית כאמצעי אכיפה. עמדות הרגולטורים שהוגשו בעניין חברות הסלולר כלל אינן רלוונטיות לשוק חברות הכבלים, אשר בינו לבין שוק הסלולר קיימים הבדלים משמעותיים (מאפייני השוק והתחרות בו, חסמי הכניסה לשוק, עלויות מעבר בין המתחרים ועוד), ואף רישיונות הסלולר שונים מאלה של חברות הכבלים. טענות YES נתמכו בחו"ד ד"ר אסף כהן, בעוד שהמבקשים לא צירפו כל חו"ד לתמיכה בטענתם.

עוד טוענת YES כי הוראות איסור האפליה בסעיף 12.1.12 לרישיון ובתקנה 24 לתקנות התקשורת (בזק ושידורים) (הליכים ותנאים למתן רישיון לשידורי לוויין), התשנ"ח- 1998 נועדו למנוע אפליה על רקע השתייכות חברתית על רקע אזור מגורים וזאת לצד אפליה האסורה בדין מחמת השתייכות לקבוצות מסוימות (דת, גזע, מין וכו'). YES אינה מפלה מחמת השתייכות לאחת מקבוצות אלה, ולכן אינה מפרה את הדין ואת הוראות הרישיון. הוראות הרישיון כלל אינן עוסקות במבצעים ובהטבות לזמן מוגבל.

בנוסף, לטענתה, קיימת "שונויות רלוונטיות" בין לקוחות חדשים לקיימים, ולפיכך קיים "טעם סביר" המאפשר להבחין בין "סוגי מנויים": לקוח חדש נדרש להשקיע זמן ומאמצים לצורך ניתוק מחברה קיימת ומעבר ל-YES, ומתן הטבות מקטין חסמי מעבר אלה, ובנוסף על מנת שלקוח יסכים לעבור ל-YES עליה להציע לו תנאים אטרקטיביים במיוחד. גם מבצעי שימור ללקוחות קיימים נשענים על אותם טעמים. הפרת רישיון שניתן מכוח חוק הבזק אינה מקימה זכות תביעה לנפגע ממנה אלא לכל היותר סעד במישור המנהלי (הטלת סנקציות מנהליות ע"י המועצה) ואין לתקוף אותה במסגרת תובענה ייצוגית אלא במסגרת עתירה מנהלית. קבלת טענות המבקשים תביא לפגיעה בצרכנים (שהם הקבוצה המיוצגת), שכן לו היה על YES להציע מחיר זהה לכל הלקוחות היא הייתה נמנעת





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

מלהציע הטבות. קבלת טענות המבקשים אף תביא לפגיעה בזכויות החוקתיות של YES לחופש עיסוק, חופש חוזים וקניין.

### 5.2.2. ב. טיעוני הוט

הוט טוענת, כי פרשנות המבקשים לסעיפי איסור האפליה שברישיונה הינה שגויה ונעדרת סבירות שכן פוגעת קשות בתחרות בשוק השידורים. הוראות אלה ברישיון קובעות, כי הוט תספק את שידוריה ושירותי השידור בתנאים שווים ובתעריפים שאינם מפלים ואינן עוסקות כלל בסוגיה של מתן הטבות נקודתיות אותן מעניקה הוט מעת לעת ללקוחותיה, הטבות שאין בהן לשנות את התכנית הקבועה של הלקוח ואת התעריף הקבוע למסלול בו בחר, אלא להיטיב או לפצות באופן נקודתי ולזמן מוגבל לקוח שהביע חוסר שביעות רצון או הטבה במועד הצטרפות של לקוח להוט. עוד נטען, כי ההטבות ניתנות באופן אינדיווידואלי ללקוח בהתאם לנסיבות ספציפיות ולא באופן גורף ללקוח זה או אחר. הוט נסמכה על החלטת המועצה מיום 10.3.16. עוד נטען כי המבצעים הראשיים ללקוחות חדשים, קיימים או משדרגי שירות, מפורסמים באתר של הוט. עוד נטען כי ההטבות אין נכללות בהגדרת המונח "שירותי שידור" שבסעיף 1 לרישיון ואינן מהוות שירות או שידור.

כל המשיבות בכל התובעות, ללא יוצא מן הכלל, טוענות בנוסף כי לא מתקיימים התנאים המוקדמים הנדרשים בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות.

### 6. עמדות המאסדרים (רגולטורים)

כאמור לעיל, לבית המשפט הוגשו בשאלות שבמחלוקת עמדות המאסדרים השונים, כל אחד בתחומו: עמדת משרד התקשורת, אשר אומצה ע"י היועמ"ש, הוגשה ביחס לחברות הסלולר והאינטרנט (שהם מכנים הרט"ן), ועמדת מועצת הכבלים והלוויין, אשר הוגשה ביחס לחברות הטלוויזיה הרב ערוצית. אסקור להלן עמדות אלה לאורך ציר הזמן, שכן היו מאסדרים שהגישו יותר מעמדה אחת.

#### 6.1 עמדת משרד התקשורת

##### 6.1.א. עמדת משרד התקשורת מיום 31.10.13

במכתב משרד התקשורת מיום 30.10.13, שנשלח לחברות הסלולר, מופיע לראשונה ביטוי מפורש לעמדה ולפיה הפרת חובת שקיפות התעריפים ואיסור האפליה עלולה לפגוע בתחרות. כותרתו של המכתב: "איסור ביצוע אפליה במתן הטבות ותוכניות תעריפים ייחודיות בין מנויים חדשים – הבהרה" (נספח 1 לעמדת המשרד). ביסוד המכתב פרקטיקת ה-"Win Back", שהחלה לנהוג בתחום הסלולר, שתכליתה שימור או רכישה מחדש של לקוחות פרטיים, לאחר שאלה עברו לחברות





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוד נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

סלולר מתחרות. מסמך זה מבהיר לחברות, כי בהתאם להוראות הרישיון חל עליהן איסור להפלות בין מנויים חדשים אשר היו בעבר לקוחות של החברה, לבין מנויים חדשים אשר לא היו בעבר לקוחות של החברה. אביא את הדברים כלשונם:

"לאחרונה התקבלו במשרד התקשורת ("המשרד") תלונות מבעלי רישיון למתן שירותי רט"ן, לפיהן מנויים פרטיים, אשר ניידו את מספר הטלפון שלהם אליהם מבעלי רישיון מתחרים, ניידו את מספר הטלפון שלהם בחזרה לאותם בעלי רישיון מתחרים בתוך זמן קצר, לעיתים אף מספר שעות בודדות, וזאת בעקבות הצעת הטבות למיניהן או תוכניות תעריפים ייחודיות... המשרד מבהיר בזאת, כי על פי ההוראה הנ"ל, חל איסור להפלות בין מנויים השייכים לאותה קבוצת מנויים ובכלל זה מנויים פרטיים חדשים, וזאת באמצעות מתן הטבות ותוכניות תעריפים ייחודיות. לעניין זה, מנוי פרטי חדש ייחשב מי שרוכש קו טלפון חדש מבעל הרישיון בין באמצעות ניוד מספר הטלפון שלו מבעל רישיון אחר או על ידי קבלת מספר טלפון חדש מבעל הרישיון... לאור העובדה שהמשרד סבור כי יש בהפרת ההוראה הנ"ל כדי לפגוע בתחרות, בכוונתו לפקח באופן הדוק על קיומה ולאוכפה בהתאם".

### 13.1.14. עמדת משרד התקשורת מיום 13.1.14

כאמור, בהחלטת כב' השופט ענבר מיום 11.9.13 התבקש משרד התקשורת להביע עמדתו ביחס לפרשנות איסור האפליה הכלול ברישיונות שהוענקו על ידו למשיבות, וזאת בזיקה למחלוקת העולות מכתבי הטענות שהגישו הצדדים, וכן להביע עמדתו בשאלה האם המשיבות רשאיות להציע או לגבות מלקוחות שיש להם מאפיינים דומים, בזמן נתון, מחירים שונים עבור אותו סוג של שירות, אם מיוזמתן, אם משום שהלקוח דרש מחיר מוזל וניהל מו"מ, אם מסיבה אחרת. עוד נתבקש משרד התקשורת, כאמור לעיל, ליתן דעתו לשאלה האם יש להבחין בקשר לאמור לעיל, בין לקוחות חדשים לבין לקוחות קיימים (עמ' 13 לפרוטוקול הדיון).

עמדתו של משרד התקשורת הוגשה ביום 13.1.14. עמדה זו הוגשה ביחס לבקשות האישור כנגד ספקיות שירותי הגישה לאינטרנט והשיחות לחו"ל וכנגד ספקיות שירותי הסלולר (סלקום ופלאפון) ועוד טרם הוגשו הבקשות הנוגעות לפרטנר ולספקיות שירותי הטלוויזיה הרב ערוצית. להלן עיקרי עמדת משרד התקשורת מאותו מועד:

א. בהתאם לרישיונות רשאיות המשיבות לערוך בין לקוחותיהן אבחנה תעריפית רק אם הם משתייכים ל"סוגים שונים" של מנויים. דוגמאות לכך הן תוכניות ייעודיות לחיילים או סטודנטים. המאפיינים הייחודיים של המנויים שיש להביא בחשבון לעניין זה נוגעים לדפוסי הצריכה והשימוש של המנויים בטלפון נייד. לפיכך, ככל שהמשיבות מציעות תוכניות תעריפים המיועדות רק לחלק ממנוייהן, הדבר צריך לעלות בקנה אחד עם האבחנה האמורה.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

ב. בהתאם לסעיף 75.4 לרישיון סלקום, כמו גם הסעיף המקביל ברישיון פלאפון, רשאויות חברות הסלולר לקבוע תנאים למעבר בין תוכניות שונות שהן מציעות למנויים. תנאים כאמור יכולים להיות, לדוגמא, קביעת תשלום, או קביעת פרק זמן מזערי הנדרש מהמנוי לכל תוכנית. ככל שהחברה קבעה תנאים כאמור, וכללה אותם בהסכם ההתקשרות עם המנויים כנדרש, הדבר מאפשר לה בפועל ליצור אבחנה במתן השירותים בין מנויים חדשים לבין מנויים קיימים, מאחר שהתנאי למעבר בין תוכניות אינו רלבנטי למנויים חדשים אלא למנויים קיימים. אקדים ואציין, כי לא נטען ולא הוכח שחברות הסלולר קבעו תנאי מעבר מסוג זה.

ג. ככל שחברת סלולר קבעה תנאים כאמור למעבר בין תוכניות, הרי שעל מנת לעמוד בהוראות הרישיון, עליה להבטיח, כי תנאים אלה יהיו זמינים, ברורים ושקופים לכל המנויים ולמצטרפים החדשים לחברה. אין היא רשאית להציע תנאים כאמור רק לחלק מן הלקוחות המשתייכים לסוג מנויים מסוים, ועליה לאפשר תנאים אלה לכל מי ששייך לסוג זה של מנויים. המשרד אזכר את המכתב שנשלח ביום 31.10.13 ע"י מנכ"ל משרד התקשורת לחברות הרט"ן.

ד. בהידרשו למוקדי שימור הלקוחות של חברות הסלולר ולפרקטיקה הנהוגה בהם של מתן הטבות שימושים ציין המאסדר, כי התנהלות זו כפופה להוראות הדין והרישיון. לכן, החברה אינה רשאית להציע תוכנית תעריפים מסוימת אך ורק ללקוחות שהיא חפצה ביקרם, על מנת לשומרם כלקוחות, ועליה לאפשר לכל המנויים הרלבנטיים המעוניינים בכך להצטרף לתוכנית כזו. לעניין "הטבת שימושים" מוגבלת בזמן או כל הטבה אחרת המוצעת למנויים מסוימים, בין אם כחלק ממהלך של שימור לקוחות ובין אם מסיבה אחרת, הרי שהדבר אינו אסור, ובלבד שאין מדובר בהטבה אשר שקולה בפועל, כמותית או מהותית, ליצירת תוכנית תעריפים ייעודית, המוצעת למנויים מסוימים בלבד. כך לדוגמא (בסעיף 16):

**"אין 013 נטוויז'ן רשאית להציע תכנית תעריפים מיוחדת רק לחלק מלקוחותיה, באופן שרירותי, ועליה להציע תוכניות תעריפים לכל המנויים באופן אחיד ושוויוני שאינו גורר אפליה פסולה ביניהם, או תוכניות המוצעות למנויים לפי סוגם, כמפורט לעיל".**

ה. אשר לספקיות הגישה לאינטרנט צויין, כי בהתאם לרישיונותיהן, אף הן רשאיות לערוך אבחנה תעריפית בין לקוחותיהם רק אם משתייכים לסוגים שונים של מנויים (כאמור: חיילים, סטודנטים, וכד'). אולם, בשונה מהרישיונות של חברות הסלולר, אין ברישיונות המיוחדים למתן גישה לאינטרנט של נטוויז'ן, סמייל טלקום ובזק בינלאומי, הוראה לעניין מעבר בין תוכניות שונות. לפיכך, חברות אלה אינן רשאיות להציב תנאים בפני מנויים אשר מבקשים לעבור בין מסלולים ותוכניות תעריפים שונים. כנגזרת מכך, משיבות אלה אינן רשאיות ליצור



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 אבחנה בין לקוחות קיימים ללקוחות חדשים בתוכניות התעריפים שהן מציעות להם, מאחר  
2 שגם מנוי קיים יכול לבקש לעבור לתוכנית המיועדת לכאורה ללקוחות חדשים.

3  
4 ו. חרף האמור לעיל, ייתכנו מצבים שבהם מנויים מאותו הסוג ישלמו מחירים שונים עבור אותו  
5 השירות, מבלי שהדבר יפר את הוראות הרישיונות דלעיל. כך, למשל, אם המנויים התקשרו עם  
6 החברה במועדים נפרדים בהם היו קבועים מחירים שונים, אם הייתה עליית מחירים (הצמדה  
7 למדד) במהלך תקופת ההתקשרות, או קיומה של תוכנית תעריפים או מסלול המקנים הנחה  
8 במחיר בתקופה מסוימת של תקופת ההתקשרות, כגון: 3 או 6 חודשים ראשונים.

9  
10 ז. בהמשך עמדתו שב המאסדר והבהיר מפורשות, כי הוראות הרישיונות:  
11 "אינן מתירות לנהל מו"מ פרטני עם כל לקוח בהתאם ליכולת המיקוח שלו. על  
12 החברה לספק לכלל המנויים והלקוחות הפוטנציאליים אשר מבקשים זאת, מידע  
13 ברור לגבי כל תוכניות התעריפים והמסלולים הקיימים, בנקודת זמן נתונה, על מנת  
14 שכל אדם יוכל לבצע בחירה צרכנית מושכלת של החלופה המתאימה לו ביותר  
15 מבחינת המחיר וצורכי התקשורת שלו".

16  
17 אציין, כפי שיפורט להלן, כי במקביל לעמדה זו של המשרד, ואף לאחר מכן ניתנו תשובות שונות של  
18 משרד התקשורת למכתבי פניות מהציבור המתייחסות לנושא האפליה בין מנויים, בהם עולה  
19 סתירה לעמדתו כפי שפורטה לעיל, והללו תפורטנה בהמשך בהרחבה.

20  
21 30.4.15. עמדת משרד התקשורת מיום 30.4.15  
22 ביום 30.4.15 פרסם משרד התקשורת הבהרה נוספת (נספח 3 לסיכומי פלאפון), שכותרתה "איסור  
23 אפליה בין מנויים חדשים- הבהרה", המתייחסת לאבחנות בין מנויים חדשים בינם לבין עצמם:

24  
25 "נוכח תלונות ופניות רבות מהעת האחרונה, המשרד מוצא מקום להבהיר  
26 כדלקמן:

27 א. לעניין "תוכניות תעריפים", "חבילות" או "סלי שירותים" המשווקים  
28 ללקוחות חדשים, יובהר כי לעמדת המשרד לקוח חדש הוא כל מי שבמועד פנייתו  
29 אל בעל הרישיון לא היה מצוי בהסכם התקשרות עימו. לפיכך, בעל רישיון, אינו  
30 רשאי לדרוש "תקופת צינון" ממי שמעוניין לשוב ולהתקשר עימו, ועליו לאפשר לכל  
31 מבקש להצטרף לכל תכנית בתנאים המוצעים ללקוח חדש.

32 ב. לפי הוראות הרישיון יש לאפשר לכל מנוי לעבור, ללא אפליה בין התוכניות  
33 השונות המוצעות בעת הבקשה, לרבות תוכניות המשווקות ללקוחות חדשים. עם  
34 זאת, הבהרה זו אינה גורעת מזכותו של בעל הרישיון לקבוע "תנאי מעבר" (כאמור  
35 בסעיף קודם לא ניתן לקבוע "תקופת צינון" כתנאי מעבר בין תוכניות), בהתאם  
36 להוראות רישיונו".



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

### 6.2. עמדת היועמ"ש מיום 11.5.15

כאמור, בהחלטה מיום 27.10.14 הורה בית המשפט כי נוכח כלליותן של השאלות הצריכות הכרעה ב-5 התיקים המאוחדים (שהיו עד אותה עת), והשלכותיהן הרחבות, תוגש עמדת היועמ"ש בשאלות שפורטו בהחלטה מיום 11.9.13. ביום 11.5.15 הוגשה עמדת היועמ"ש. עמדה זו הוגשה ביחס לבקשות האישור כנגד ספקיות שירותי הגישה לאינטרנט והשיחות לחו"ל וכנגד ספקיות שירותי הסלולר (סלקום ופלאפון) ועוד טרם הוגשו הבקשות הנוגעות לפרטנר ולספקיות שירותי הטלוויזיה הרב ערוצית.

במסגרת עמדתו אימץ היועמ"ש את עמדת משרד התקשורת במדויק, כפי שפורטה לעיל, ללא הסתייגות כלשהי, תוך שהוסיף והסביר כדלקמן:

א. האסדרה הרלבנטית לתובענות נועדה להתגבר על הבעיה של העדר שקיפות ופערי מידע בין הצרכן לבין בעל הרישיון, המוכרת גם בתחום התקשורת. הדרך להתמודד עם בעיה זו הינה באמצעות יצירת אחידות בתוכניות המוצעות על ידי בעל הרישיון, שיהיו קבועות מראש, שקופות ומוצעות בצורה שווה לכלל המנויים, זאת להבדיל ממצב של הצפה של תוכניות אשר "יתפרו" לכל צרכן בנפרד באופן חשאי. בסופו של יום, אסדרה זו מאפשרת לצרכן לבצע השוואה בין השירותים והמוצרים המוצעים לו, תעריפיהם ותנאיהם, בין אם מדובר בהצעות שונות של אותו בעל רישיון ובין אם מדובר בהצעות של מתחרים, לשם קבלת החלטה מושכלת ועל בסיס מידע שיש בו וודאות ושקיפות טרם ההתקשרות. כך מתאפשר לצרכן אשר מבקש להיות מנוי, לבחור בעסקה המתאימה לצרכיו והמיטיבה עמו.

ב. תכלית נוספת של האסדרה הינה הגנה על הצרכנים החלשים, אשר אפשר ואינם מודעים מלכתחילה לאפשרות המיקוח או שאינם כשירים להפעילה בצורה יעילה.

ג. לחובת הצגת המחירים יש היגיון כלכלי צרכני: היא מאפשרת לצרכן להשוות ולבחור את הספק המועדף עליו בלי ליצור קשר עם הספק. ככלל, ככל ששוק פועל על פי נורמה של תמחור אישי במו"מ, הוא מתרחק מהמטרה של הצגת המחיר והופך אותה ללא רלבנטית, באופן העלול ליצור פגיעה בתחרות ובצרכן.

ד. יחד עם זאת, יש לבחון בכל שוק את מידת ההתערבות הראויה, בין היתר בשים לב למאפייני השוק. בחינה זאת נערכה על ידי משרד התקשורת לגבי שוק התקשורת ונקבעה האסדרה הראויה.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

### 6.3. עמדת הממונה על הגבלים עסקיים (הרשות לתחרות) מיום 18.2.16

במסגרת הליך שימוע שקיימה מועצת הכבלים והלוויין עובר למתן ההחלטה מיום 10.3.16 (אשר תפורט בהמשך), מסרה רשות ההגבלים העסקיים ביום 18/2/16 את עמדתה ביחס לנושאים שעלו בשימוע תוך שהבהירה למועצה (העמדה צורפה כנספח 1 לבקשת הגב' דה לנגה מיום 17.4.16), בין היתר, כי:

"בהתייחס להמלצותיכם הנזכרות בשימוע להטיל סייגים ומגבלות כלליות על פרסום מבצעים ותוכניות תעריפים בשוק, כדוגמת ההמלצות להגבלת תקופת מבצעים ואיסור על 'אפליה' בין לקוחות בתוכניות שונות, יצוין כי הגבלות כאמור עלולות להקטין את החופש של הצרכנים לבחור את המוצר התואם לצרכיהם ולפיכך להימצא כפוגעות בציבור הצרכנים..."

עוד הבהירה רשות ההגבלים העסקיים, כי:

"באשר להצעתכם להגביל מתן הצעות אטרקטיביות ללקוחות המאיימים בעזיבה או נמצאים בשלבי ניתוק, הרי שלהצעה זו עלולה להיות השלכה שלילית, שכן איסור גורף על מתן הנחות בנסיבות אלה תימנע מציבור הצרכנים הוזלת מחירים הנובעת מהתפתחות תחרות. לעמדתנו, נדרשות נסיבות יוצאות דופן על מנת לאסור באופן גורף על מתן הנחות במצבים אלה..."

ובהמשך:

"יחד עם זאת, וככל שתסברו כי יש מקום להתערב בהתנהלות השוק לעניין זה, אנו מציעים שתשקלו להסתפק, לעת הזו, בצמצום מספר החבילות המוצע על ידי החברות, מבלי לקבוע כללים קשיחים באשר למחיר שיוצע בעבורן. מתכונת פיקוח זו עשויה להקל על הצרכנים בהשוואת החבילות השונות ובכך לסייע לתחרות, זאת חרף הפגיעה הכרוכה בהקטנת מספר החלופות שעומדות בפני ציבור הצרכנים..."

### 6.4. עמדת מועצת הכבלים והלוויין מיום 10.3.16

ביום 10.3.16 ניתנה החלטת המועצה אשר כותרתה "מדיניות מבצעים והחלת הוראות שקיפות". בהחלטה צוין כי טרם מתן ההחלטה הובאו בפני המועצה עמדותיהן של חברות הוט ו-YES, המועצה הישראלית לצרכנות, הרשות להגנת הצרכן והרשות להגבלים עסקיים. כמו כן הוצג בפני המועצה ניתוח כלכלי שנערך בעניין ע"י ד"ר רועי שלם.

בהחלטה פורטה העמדה שהביעה רשות ההגבלים העסקיים (ראו לעיל) וכן פורטה העמדה שהביעה הרשות להגנת הצרכן בעניין תמחור אישי בהתאם לכוח המיקוח של הלקוח:

"הרשות מכירה בכך כי תמחור אישי עשוי להוות בעיה ולפגוע בצרכנים חלשים, אם כי הדבר לא נאסר בחוק הגנת הצרכן..."



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

ובהמשך מציינת הרשות להגנת הצרכן כי:

"ניהול מו"מ אישי, ומתן מחיר לכל צרכן על פי יכולת המיקוח שלו פועל כנגד מדיניות השקיפות, שכן אין לצרכנים מידע באשר למחירי המסלולים בטרם יצירת קשר עם העוסק".

עם זאת, בהמשך מדגישה הרשות להגנת הצרכן כי (סעיף 12 להחלטת המועצה):

"על אף האמור, הרשות סבורה כי ישנם גם יתרונות במצב הקיים - בשוק בו ישנם מעט מתחרים, האפשרות לקיים תחרות אישית, תוך איום בעזיבה, היא אולי הדרך היחידה לקדם תחרות, אף כי מצומצמת. הרשות סבורה שאיסור גורף על מבצעים מסוג מחיר מועדף ללקוח, עלול להביא להקפאת מחירים ולפגוע במעט התחרות הקיימת בשוק".

בהמשך לכך קבעה מועצת הכבלים והלוויין בהתייחס למבצעי השימור על פי כוח מיקוח של הלקוח,

כי (פסקה 14 להחלטה):

"שאלת מבצעי השימור על פי 'כוח מיקוח' היא שאלה כבדת משקל. מחד גיסא עוד בהחלטת השימוע וגם עתה הציג ד"ר שלם את החסרונות הטמונים במבצעי שימור. העניין גם פורט בעמדה שהגישה המועצה הישראלית לצרכנות. מאידך גיסא, החברות הציגו באופן משכנע את היתרונות הטמונים בשיטה מבחינת הרווחה החברתית ונוכח המאפיינים המיוחדים לשוק הטלוויזיה הרב ערוצי, בו עלויות קבועות גבוהות ועלות נמוכה עבור הלקוח השולי. כמו כן לא ניתן להתעלם בהקשר זה מהעמדות שהגישו למועצה הרשות להגנת הצרכן והרשות להגבלים עסקיים. בנוסף, יש גם לזכור כי מדובר בפרקטיקה נוהגת מזה שנים".

ובהמשך (פסקה 16 להחלטה):

"בנסיבות אלה החליטה המועצה, כי בשלב זה אין זה נכון לחייב פרסום של מבצעי שימור על פי כוח מיקוח מה שעלול לכאורה לעקר אותם מתוכן. בנוסף אין לחייב פרסום של ההטבות והפיצויים השונים הניתנים ללקוחות מעבר לנספח המבצע הראשי שלהם".

בסיפת סעיף 16 המועצה הוסיפה ודנה גם ב"מבצעים ראשיים" המוצעים ללקוחות, שאינם מבצעי שימור, הטבה או פיצוי וקבעה, כי מבצעים אלו יהיו שקופים ויפורסמו בהתאם לכללים אשר פורטו בהחלטה, וכי ב"מוקדי השירות יוצעו למנויים המבצעים הטובים ביותר הרלבנטיים לגביהם", אלא שבה בעת נקבע כי הוראה זו תיכנס לתוקף רק לגבי מבצעים שיוצעו למנויים עם חלוף 3 חודשים ממועד פרסום העמדה.. מבצע הוגדר לתקופה של 4-18 חודשים, כאשר בתוך כך נקבע, כי בתקופת המחיר הראשונה רשאית החברה להעניק הנחה נוספת שתפורט מלכתחילה בתקנון.

בהמשך נדונה סוגיית "סוגי מנויים", מצב שבו לקוחות מקבלים תעריף טוב יותר על פי כוח המיקוח שלהם, ובמילים אחרות על מידת חוזק האיום שלהם להתנתק משירותי החברה ומידת חשיבותם לחברה (לקוח העושה שימוש רב בשירותי החברה חשובה לה יותר מלקוח העושה שימש פחות בשירותיה), וכן שאלת ההבחנה בין מנויים חדשים לקיימים.





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1

2

באשר להבחנה בין מנויים חדשים לקיימים נקבע בהחלטת המועצה, כי:

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

"באשר להבחנה בין מנויים חדשים למנויים קיימים המועצה ביקשה לבחון נקודה זו במסגרת החלטת השימוע ונוכח הטענות שנטענו בפניה, אין בדעתה למנוע הבחנה זו. זאת במיוחד בשים לב לקושי במעבר מחברה אחת לשנייה (להבדיל, למשל, מבעת מעבר בין חברות סלולר) הדורש במקרים רבים מהלקוח זמן, תיאום הגעת טכנאי, ביצוע התקנות, החלפת ציוד ומאמץ. על כן, המעבר כרוך במקרים רבים בעלויות לא מבוטלות מצד הלקוח. בנסיבות אלה, מתן תעריף נמוך יותר ללקוחות חדשים מקטין חסמי מעבר בין החברות ועשוי לסייע לתחרות בענף. למען הסר ספק יובהר, כי הוראות השקיפות כאמור לעיל יחולו על מבצעים שכאלו ללקוחות חדשים. על כן, באשר למבצעים המיועדים ללקוחות חדשים שיתקיימו לצד המבצעים ללקוחות קיימים קובעת המועצה כי אין מניעה לכך אך זאת כאמור בכפוף לפרסום המבצע כפי שהוגדר לעיל כאשר החברות רשאיות לקבוע כי מבצע למנויים חדשים יוצע רק למי שאינו מחובר לשירותי החברה. נקבע תנאי שכזה, לא יוצע המבצע למי שאינו עומד בו. בנוסף יצוין כי חברות הוט ויס נענו לבקשת המועצה והתחייבו לשקול מתן הנחה קבועה לניצולי שואה ולקשישים המקבלים הבטחת הכנסה".

18

19

20

היינו, המועצה אמצה את עמדת המשיבות לפיה לקוחות מתמקחים ולקוחות חדשים הם סוג לקוחות שניתן לתת לו הנחות, וכי אין חובה לפרסם הנחות אלו, לפחות בשלב זה.

21

### 6.5. עמדת היועמ"ש לממשלה בעקבות העמדות הסותרות של המאסדרים (מיום 24.12.17)

22

23

24

25

26

27

28

29

כאמור, נוכח הסתירה הלכאורית בין עמדות שני הרגולטורים- משרד התקשורת ומועצת הכבלים והלוויין, ועל אף השוני המסוים שקיים במתן השירותים (מעבר קל יותר ללא צורך בטכנאי כשמדובר בסלולר), הוריתי ליועמ"ש להגיש עמדה מעודכנת בעניין, מתוך הנחה שתוגש עמדה מגובשת ומוסכמת מטעם המאסדרים כולם. ביום 24.12.17 הוגשה הודעת היועמ"ש, בה ציין כי מכיוון שלא חל כל שינוי משפטי מאז הגשת העמדה הקודמת מטעמו, ומכיוון שבשלב זה משרד התקשורת לא קבע לוח זמנים לסיום הבדיקה בשאלת הצורך בשינוי הדין הקיים, היועמ"ש איננו סבור כי יש צורך בהגשת עמדה נוספת מטעמו.

30

31

32

33

34

35

36

37

לעניין עמדת הרשות להגבלים עסקיים ועמדת המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין ציין היועמ"ש כי עמדות אלה ניתנו ביחס לשוק השידורים בארץ, ואילו ההליכים בעניין חברות הרט"ן מתייחסים לאסדרה שונה, לרישיונות שונים ולחברות הפועלות בשווקים אחרים (שוק הרט"ן). משכך, כך צויין, עמדת הרשות להגבלים עסקיים ועמדת המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין אינן רלוונטיות לשאלה האם חברות הרט"ן הפרו את ההוראות שקבועות ברישיונות שלהן. היועמ"ש לא ערך הבחנה בין הטלוויזיה הרב ערוצית לשירותי אינטרנט, שבשניהם נדרש ביקור טכנאי/ת כדי להחליף ספק שירות.





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

### דיון והכרעה

#### 7. השאלה להכרעה ואופן הדיון

##### 7.1. העניינים המוסכמים

##### 7.1.א. התנהלות המשיבות

בפתח הדברים אשוב ואדגיש, כי אין מחלוקת של ממש באשר לאופן התנהלותן של המשיבות, המעניקות הטבות שונות הן ללקוחות המתניידים אליהן מחברות אחרות לרבות בשיטת Win Back, הן ללקוחות המאיימים בנטישה, כאשר שיעורן של הטבות אלה ותנאיהן אינו מפורסם ברבים, אינו אחיד, ולא ניתן לכלל הלקוחות; המחירים המשתנים, כמו גם ההטבות השונות, אינם ניתנים על בסיס דפוסי הצריכה והשימוש של הלקוחות, אלא על בסיס כושר המיקוח של הלקוחות, בהתחשב בגודלם היחסי. כדברי פלאפון בתגובתה (בסעיף 54):

**"...ההטבות וההנחות אינן ניתנות ללקוחות מקבוצה מסוימת, כי אם לכל אותם לקוחות מתניידים ומתמקחים, הפונים אל פלאפון, ואשר פלאפון חוששת כי יעזבו אותה ויעברו לחברה סלולרית אחרת".**

אף אין מחלוקת, כי המשיבות או מי מהן אינן מפרסמות מידע מלא ומפורט בדבר תעריפים או הטבות הניתנים רק ללקוחות חדשים וללקוחות מתמקחים, אלא רק את המסלולים והתעריפים הבסיסיים.

זאת ועוד. את השאלות שעל הפרק יש לבחון על רקע העובדה, עליה אין מחלוקת, כי המאסדר לא הכתיב בענייננו מחיר אחיד בשוק, אלא הסתפק באיסור אפליה "פנימית" בין לקוחותיו של כל בעל רישיון שהם "מאותו סוג", כאשר מהו "סוג" ומהי אבחנה מותרת, לא פורטו ברישיון. כל אחד מבעלי הרישיונות חופשי, אם כן, לקבוע את מחיריו בהתאם לשיקוליו העסקיים ובלבד שיציעם באופן שוויוני ללקוחותיו שלו, מה שמוותר לכאורה מקום נרחב לתחרות מחירים כוללת בין בעלי הרישיונות.

הנה כי כן, בהתאם לרישיונותיהן נדרשות המשיבות לשניים: ראשית, לספק את שירותיהן ללא אפליה, כאשר בחלק מהמקרים מחויבות המשיבות באספקת השירות במחיר אחיד לסוג מנויים, שנית, לפרסם את מחירי השירותים.

##### 7.1.ב. העדר אפליה "חשודה"

במקרה שלפניי הטיל המאסדר על המשיבות את החובה לנהוג בשוויון ואסר עליהן להפלות. השאלה שלפניי היא, כאמור, האם הפליית מחירים בין לקוחות חדשים, לקוחות מתמקחים ויתר הלקוחות מהווה אפליה אסורה.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1  
2 על כל רשות ציבורית חלה החובה לפעול בשוויון ולא להפלות בהפעלת סמכויותיה בין בני אדם  
3 שונים, שלא קיים ביניהם שוני רלוונטי. חובה זו לנהוג בשוויון כוללת גם את חובת הרשות המנהלית  
4 לפעול באופן שוויוני בהקצאות ובתמיכות שהיא נותנת לפרט (ראו לעניין זה: דפנה ברק-ארז,  
5 **משפט מינהלי כלכלי** 359 (2013). הזכות לשוויון הוכרה כזכות חוקתית כחלק מכבוד האדם  
6 במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, על אף שאינה נזכרת מפורשות בלשון החוק (ראו: בג"ץ  
7 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994), פסקה 12 לפסק  
8 דינו של כב' המשנה לנשיא, לימים הנשיא אהרן ברק). על מנת לבסס טענת אפליה המהווה פגיעה  
9 בזכות החוקתית לשוויון, יש להצביע על קיומה של הבחנה בלתי מוצדקת. התייחס לכך הנשיא ברק  
10 בעניין דנילוביץ, בעמ' 762:

11 **"דין נתון יוצר אפליה כאשר שני בני אדם, השונים זה מזה (חוסר שוויון עובדתי),**  
12 **מטופלים על-ידי הדין באופן שונה, בלי שהשוני העובדתי שביניהם יש בו כדי**  
13 **להצדיק טיפול שונה בנסיבות העניין. ביסוד האפליה מונחים אפוא גורם השרירות,**  
14 **חוסר הצדק וחוסר הסבירות".**

15  
16  
17 הבחנה בין קבוצות המבוססת על שוני רלוונטי אינה מהווה כשלעצמה אפליה (ראו: בג"ץ 8487/03  
18 ארגון נכי צה"ל נ' שר הבטחון, פ"ד סב(1) 296, פסקה 23 לפסק הדין, (2006); בג"ץ 11956/05  
19 סוהאד בשארה נ' שר הבינוי והשיכון, פורסם בנבו, פסקה 8 לפסק הדין, (13.12.2006). אולם, יש  
20 מחלוקות רבות בשאלה מהו שוויון, מהי הגדרה של אפליה או מהי פגיעה בזכות לשוויון. כך נאמר  
21 בבג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 230 (1998):

22 **"השוויון הוא ערך סבוד. השוויון הוא זכות מורכבת [...] נקודת המוצא הינה כי בני-**  
23 **האדם שונים הם זה מזה. כל אדם הרי הוא עולם בפני עצמו. כל אדם חופשי לפתח**  
24 **את גופו ורוחו על-פי רצונו הוא. משטר דמוקרטי מבוסס על שונות זו ומכבד אותה.**  
25 **והנה, בין בני-אדם שונים אלה מבקש משטר דמוקרטי לקיים שוויון. זהו אפוא**  
26 **שוויון בין שונים. דרישה זו יוצרת, מטבע ברייתה, קושי: אם בני-האדם שונים הם,**  
27 **כיצד זה ניתן לקיים ביניהם שוויון?"**

28  
29 כב' השופט נועם סולברג עמד על כך בבג"ץ 6411/16 הועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות נ'  
30 **כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 2018, להלן: **עניין הוועד הארצי**), בקבעו (בפסקה 32 לפסק הדין) כי:  
31 **"עיקרון השוויון עצמו הוא עיקרון מורכב שקשה להגדירו"** (לאי-הבהירות הכרוכה במושג השוויון  
32 ראו: ראם שגב "שוויון ודברים אחרים" **ספר מרדכי (מוטה) קרמניצר** 193 (2017) אריאל בנדור,  
33 חאלד גנאים ואילן סבן, עורכים, (2017).

34  
35 אין מחלוקת כי על המשיבות חלים הכללים הנוגעים לאיסור אפליה על בסיס השתייכות קבוצתית,  
36 מה שמכונה "אפליה חשודה" (על בסיס גזע, מגדר, נטייה מינית וכיו"ב). אין מחלוקת כי במקרה  
37 שלפניי אין מדובר באפליה על בסיס השתייכות קבוצתית מובהקת שכזו, ועל כן יש להמשיך ולבחון



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 האם האבחנה בין הקבוצות האמורות (לקוחות מתמקחים לעומת לקוחות שאינם מתמקחים  
2 ולקוחות חדשים לעומת לקוחות קיימים) היא הבחנה עניינית וסבירה ולא מפלה.  
3

### 4 7.2. הגדרת השאלות העומדות להכרעה והיקף הדיון במסגרת בקשת האישור

5 7.2.א. הגדרת השאלות שבמחלוקת

#### 6 **7.2.א (1) אפליית מחירים**

7 הרישיונות אוסרים, ככלל, על הפליית מחירים, למעט כאשר מדובר בהבחנה מוצדקת לפי סוגי  
8 מינויים או סלי שירותים. משרד התקשורת והמבקשים בעקבותיו טענו כי סוג לקוחות הם קבוצת  
9 לקוחות שניתן לאפיין על פי כמות ואופן השימוש והביאו כדוגמא חיילים וסטודנטים. השאלה אם  
10 יש לכך אחיזה בלשון הרישיון, והאם מתן הטבה לסטודנטים למשל תלויה באופן השימוש, או שמא  
11 מתן הטבות לקבוצה זו מיועדת למשוך קהל צעיר, שאינו משתכר באופן משמעותי, ועל כן רגיש  
12 למחיר, כדי להגדיל את נתח השוק של החברה.  
13

14 מכל מקום, בענייננו, מדובר בלקוחות חדשים ולקוחות מתמקחים והשאלה האם אפליה במחיר  
15 לטובתם נכנסת בגדר האיסור, או האם מדובר באבחנה סבירה, המאפשרת לראות בהם "סוג  
16 לקוחות".  
17

18 המבקשים טענו בעיקרי הדברים כי מדובר באפליה, שכן אין מדובר ב"סוג צרכנים", וכי אפליה זו,  
19 המלווה בהעדר פרסום מתאים, מביאה לפגיעה בתחרות, שכן הלקוחות אינם יודעים להשוות כראוי  
20 בין המבצעים השונים, ואף לא בין החברות השונות המספקות אותו שירות. המשיבות טוענות כי  
21 אין מדובר באפליה, וכי הבחנה זו בין לקוחות היא זו שתורמת לתחרות ומביאה לירידת מחירים.  
22

23 עמדת מועצת הכבלים והלווין תומכת בעמדת המשיבות, זאת, לאחר היוועצות ברשות לתחרות.  
24 עמדת משרד התקשורת תומכת בעמדת המבקשים, אולם עמדה זאת גובשה בלא היוועצות עם  
25 הרשות לתחרות.  
26

27 **האם יש בהתנהגות המשיבות כמתואר לעיל משום אפליה אסורה?** זוהי השאלה המרכזית  
28 שבמחלוקת. משאלה זו נגזרות שאלות נוספות כמו מהו סוג מנויים, והאם מנויים חדשים או מנויים  
29 מתמקחים עונים על הגדרה זו.  
30

#### 31 **7.2.א (2) פרסום התעריפים**

32 אין מחלוקת כי על המשיבות לפרסם את תעריפיהן, וכי הדבר נמצא בפיקוח המאסדר. אין גם  
33 מחלוקת כי ככלל, המחירים מפורסמים, למעט הטבות הניתנות ללקוחות חדשים או ללקוחות



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

מתמקחים, הטבות השונות, על פי הנתונים שהוצגו ממחירי השירותים המתפרסמים, ולעיתים אף אלו מאלו. המבקשים טוענים כי גם בכך מפרות המשיבות את תנאי הרישיון.

עם זאת, לא מצאתי לנכון לדון בשאלה זו באופן נפרד, שכן שאלה זו נסמכת על השאלה מרכזית של אפליית מחירים, ונוגעת, בעיקרה גם כן לסוגיית התחרות.

כך, אם תתקבל טענת המשיבות ויראו בלקוחות מתמקחים ולקוחות חדשים "סוג לקוחות" שניתן להעניק לו הטבות למען התחרות, אזי, כך נטען ע"י המשיבות, פרסות אותן הטבות תפגע באפשרות זו. שכן, אז לא יוכלו לתת את ההטבות לכלל הלקוחות והמחיר כולו יעלה (כפי שטוענים המומחים מטעם המשיבות). על כן אתייחס לשאלה זו לקראת סיכום ובשולי הדברים.

אולם, טרם אבחן את שהשאלה המרכזית, אפליית המחירים, אעמוד, בקצרה על התנאים להגשת תובענה ייצוגית, כדי להבהיר את גדר הדיון בשלב זה של בקשת האישור.

7.2.ב. התנאים לאישור תובענה כייצוגית

ההליך של בקשה לאישור תובענה ייצוגית הוא הליך מקדמי אשר בית משפט נדרש לו על מנת להכריע בשאלה האם יש מקום לדון בתובענה שהוגשה במסגרת ההליך של תובענה ייצוגית. לשם כך, יש לבחון האם מתקיימים התנאים לאישור התובענה כייצוגית, הקבועים בסעיפים 4 ו-8 לחוק תובענות ייצוגיות.

על פי סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, יאשר בית המשפט תובענה כייצוגית אם מצא שהתקיימו חמישה תנאים מצטברים: 1. למבקש עילת התביעה נמנית על העילות המוזכרות בחוק כעילות שניתן להגיש בגין תובענה ייצוגית (סעיף 3 לחוק תובענות ייצוגיות); 2. התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה (סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות); 3. יש אפשרות סבירה שהשאלות הנדונות יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה (שם); 4. תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין (סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות); 5. קיים יסוד סביר להניח, כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב (8(א)(3) – 8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות)

נראה כי אין מחלוקת כי כל התובענות באות בגדרי פריט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות: "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין בינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו", וכן כי למבקשים עילה אישית על פי חוק (התנאי הראשון). אין גם מחלוקת, והגבר נרבע במספר החלטות במסגרת התיקים שלפניי, כי התובענות מעוררות שאלות משותפות



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

של עובדה ומשפט (התנאי השני) וכן כי המבקשים עומדים בתנאי החמישי שעניינו ייצוג הקבוצה כראוי. השאלות שבמחלוקת הן בראש ובראשונה, האם מתקיים התנאי השלישי, היינו, האם יש אפשרות סבירה שהשאלות הנדונות יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה, והשנייה, האם מתקיים התנאי הרביעי, היינו, תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

היות ועל המבקשים להראות אפשרות סבירה שהשאלות הנדונות תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה, אזי כבר בשלב הראשוני של הדיון בבקשה לאישור תובענה ייצוגית נדרש בית המשפט להיכנס לעובי הקורה ולבחון את התובענה לגופה, האם מגלה היא עילה טובה והאם ישנו סיכוי סביר שתוכרע לטובת המבקש. מטרתו של שלב האישור הינה למנוע אישורן של תובענות סרק. כך נקבע בעניין זה ברע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' רחמים עמוסי, פסקה 12 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה השופט אליעזר ריבלין (פורסם בנבו, 2012):

"בשלב המקדמי של אישור התובענה כייצוגית, נדרש בית המשפט להעריך אם יש אפשרות סבירה כי השאלות העובדתיות והמשפטיות הנדונות יוכרעו לטובת קבוצת התובעים. הרציונאל המנחה העומד בבסיסה של דרישה זו הוא שתובענה ייצוגית חושפת את הנתבע לסיכון כי יידרש לשלם את הסכומים הנתבעים בתובענה לקבוצה רחבה של תובעים, תוך שהוא נושא בנטל כלכלי רב .... סיכון זה מלווה בעלויות נוספות לנתבע בדמות פגיעה במוניטין, הצורך בהתאמת הדו"חות החשבונאיים לסיכון אליו הוא חשוף, הוצאות משפטיות גבוהות וכדומה .... לפיכך, מקום שבו אין הצדקה לחשיפת נתבעים לסיכון זה, לאמור: כאשר לא קיימת אפשרות סבירה לכך שקבוצת התובעים תזכה לבסוף בתביעה, קבע המחוקק כי תביעות אלו כלל לא יאושרו כתביעות ייצוגיות. אשר על כן, ברי כי תכלית החוק היא להורות לבית המשפט לבצע בחינה מקדמית של סיכויי התובענה לשם הגנה מידתית על זכויות הנתבעים. לעניין זה, די לו לבית המשפט לעקוב בדקדקנות אחר לשון המחוקק ולראות האם קיימת 'אפשרות סבירה' להכרעה לטובת קבוצת התובעים; הא, ותו לא. החמרת התנאים לאישור תובענה כייצוגית, ובירור רוב רובה של התביעה כבר בשלב אישור התובענה כייצוגית, חורגת מהאיזון שקבע המחוקק, ועל כן היא אינה ראויה".

עוד נקבע כי התשתית הלכאורית שעל המבקש להציג לביסוס בקשת האישור אינה נבחנת על פי הכללים המקלים הנוהגים לעניין סילוק תובענה על הסף בהעדר עילה. הכללים שנקבעו לצורך אישור בקשה לניהול תובענה כייצוגית מחמירים יותר: לא ניתן להסתפק בעובדות הנטענות בכתב התביעה ועל מבקש האישור להציג בטיעונים ובראיות לכאוריות בסיס ממשי - עובדתי ומשפטי - התומך בתביעתו (ראו דברי כב' השופטת אסתר חיות (כתוארה אז), היום כב' הנשיאה, להלן כל תארי השופטות והשופטים כפי שהיו ביום מתן פסק הדין) בע"א 5378/11 ארתור פרנק נ' אולסייל, פסקה 3 (פורסם בנבו, 2014); רע"א 3138/17 חברת דואר ישראל בע"מ נ' אחמד אבו אל היג'א, פסקה 8 (פורסם בנבו, 2017); ע"א 7510/15 רועי ברנדיס נ' בבילון בע"מ, פסקה 21 (פורסם בנבו, 2017)).



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1  
2 ברע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ (פורסם בנבו, 2013),  
3 התייחסה כב' השופטת דפנה ברק-ארז לחשיבות ולסכנות שבניהול תובענה ייצוגית וקבעה,  
4 בין היתר, את הרף בו נדרש לעמוד התובע הייצוגי המבקש לאשר את תביעתו כייצוגית (שם,  
5 פסקאות 39-41 ו-59):

6 "מטרתו של שלב מקדמי זה היא למנוע אישורן של תובענות סרק, וזאת מבלי  
7 להרתיע תובעים מהגשת תובענות ייצוגיות צודקות. בפסיקתו של בית משפט זה  
8 נקבע כי מי שמבקש לאשר תובענה כייצוגית חייב לשכנע את בית המשפט במידת  
9 הסבירות הראויה- ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד - כי הוא עומד בכל  
10 התנאים לאישור תובענה כייצוגית, ובכלל זה בדרישה לקיום עילת תביעה ... על  
11 התובע הייצוגי להניח בפני בית המשפט תשתית משפטית וראייתית התומכת  
12 לכאורה בתביעתו. בשונה מן התובע בתביעה רגילה, המבקש לאשר תובענה כייצוגית  
13 אינו יכול להסתפק בעובדות הנטענות בכתב התביעה, אלא מוטלת עליו החובה  
14 להוכיח באופן לכאורי. במקרה הצורך, המבקש צריך לתמוך את טענותיו בתצהירים  
15 ובמסמכים הרלוונטיים. בית המשפט שדן בבקשה נדרש להיכנס לעובי הקורה,  
16 ולבחון היטב - משפטית ועובדתית - האם מתקיימים התנאים לאישור התובענה  
17 כייצוגית .... מבחינים אלה לא נקבעו בעלמא, אלא נועדו להביא לשימוש מושכל בכלי  
18 התובענה הייצוגית, לנוכח השפעתו המכרעת על הנתבעים ועל התנהלותם העסקית,  
19 כמוסבר לעיל. ... אף אני סבורה שהבחינה הלכאורית בשלב אישורה של התובענה  
20 הייצוגית אינה צריכה להציב מחסום גבוה בפני תובעים ייצוגיים, וכי יש להביא  
21 בחשבון את פערי המידע הקיימים בין הצדדים. עם זאת, אין משמעות הדברים  
22 שהנטל המוטל על התובעים הייצוגיים יהיה קל כנוצה. על התובע הייצוגי להרים  
23 נטל ראשוני - נטל שיש לתת לו משמעות, מבלי שיהיה כבד מנשוא, תוך שבית  
24 המשפט נותן דעתו, בכל מקרה ומקרה, לקושי היחסי העומד בפני התובע הייצוגי  
25 כאשר הוא נדרש להוכיח את תביעתו לכאורה".

26  
27 המגמה היא, אם כן, לבירור מעמיק (אך לכאורי) של העילות, בוודאי כך כאשר מדובר בשאלות  
28 משפטיות בעיקרן (ראו עוד: עע"מ 980/08 רו"ח עופר מנירב נ' מדינת ישראל - משרד האוצר,  
29 פסקה 13 (פורסם בנבו, 2011); רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, פסקה 10 (פורסם  
30 בנבו, 2010); רע"א 8268/96 דן רייכרט נ' משה שמש, פ"ד נה (5) 276, 291 (2001); ד"ר אלעד אופיר  
31 **תובענות ייצוגיות בישראל**, עמ' 73-70 (תשע"ז-2017)).

32  
33 כעת אבהיר את מבנה הדיון.

### 7.3 מבנה הדיון

34  
35  
36 השאלה הראשונה שאדון בה היא האם הצליחו המשיבים להראות, כנדרש בשלב זה של בקשת  
37 אישור התובענה כייצוגית, כי יש סיכוי סביר שהתובענה תוכרע לטובת חברי הקבוצה. לצורך ניתוח  
38 שאלה זו דרך הילוכי תהא כזו. אפתח בניתוח לשון הרישיונות ואעמוד על הדמיון הממשי ביניהם.  
39 זאת, כדי לבחון האם פרשנות הצדדים, כמו גם פרשנות המאסדרים, עולה בקנה אחד עם לשון





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

הרישיונות (פרק 8). בפרק 9 אעמוד על הבסיס הרעיוני לחקיקה בתחום התקשורת ועל תפקיד המאסדר בתחום זה. בפרק 10 אנתח את שיקול התחרות כשיקול מרכזי בתחום התקשורת, לטובת הצרכנים. לאחר מכן אדון במצב של ביזור רגולטורי, בו קיים מאסדר ספציפי (במקרה זה הן משרד התקשורת, הן במועצה לשידורי כבלים ולוויין), ומאסדר כללי (הרשות לתחרות), ואבחן כיצד יש לקבוע כללי הכרעה במקרה ואין המאסדרים רואים את עניין התחרות בתחום הספציפי באותו אופן (פרק 11). בפרק 12 אבחן את עמדות המאסדרים במקרה שלפניי, על פי כללי המשפט המנהלי. אעמוד על אופן קבלת ההחלטה של מועצת הכבלים והלוויין (שעמדה בכל כללי המשפט המנהלי), לעומת אופן קבלת ההחלטה של משרד התקשורת בו נפלו פגמים (העדר תשתית עובדתית, העדר היועצות ברשות לתחרות, העדר הנמקה, חוסר קוהרנטיות ואי קיום שימוע). בפרק 13 אבחן את השאלה האם יש סיכוי שהשאלות תוכרענה לטובת הקבוצה. במסגרת זו אדון בצורך בהרמוניה פרשנית לרישיונות מכוחם פועלות המשיבות; בקבלת עמדת מועצת הכבלים והלוויין ודחיית עמדת משרד התקשורת, בשאלת פרסום התעריפים כמו גם בחוות דעת המומחים מטעם המשיבות. בפרק 14 אבחן האם התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה להכריע בסוגיות שעל הפרק. לבסוף, אסכם.

### 8. נקודת המוצא – הרישיונות

הרישיונות קובעים, לענייננו, הוראות בשלושה עניינים: איסור אפליה כללי, לרבות איסור הפליית מחירים – הנקבע על פי העקרון של מחיר אחיד לכל סוג מנויים, חובת שקיפות תעריפים, ואיסור פגיעה בתחרות.

עמדתי בהרחבה לעיל על רישיונות המשיבות. אביא כאן, כדוגמא, את הוראות הרישיונות שבמרביתם כוללים נושאים אלו בסעיף אחד, כאשר במרבית המקרים הדגש הוא על התחרות, ואיסור האפליה נועד למעשה לקידום התחרות.

כך למשל, כותרתו של סעיף 5.7 לרישיון נטוויז'ן הינו: **"הבטחת טובת מקבל השירות ותחרות הוגנת"**. תחת סעיף זה קובע תת הסעיף הראשון כי: **" בפעילותו של בעל רישיון לא יהיה מעשה או מחדל העלול לפגוע בתחרות בתחום הבזק בכלל, ובענף האינטרנט בפרט, להגביל תחרות כאמור או לפגוע בטובת הציבור."** ואילו תת הסעיף השני, הכלול בכותרת "טובת מקבל השירות" אוסר על אפליה, לרבות אפליית מחירים: **"בעל הרישיון יספק את שירותיו לכל מקבל שירות, כולל מנויים של בעלי רישיון מפ"א או בעלי רישיון רט"ן אחרים, ללא אפליה ובתנאים שוויוניים, לרבות בתנאי השירות ובתשלומים, לפי סוגי המנויים. לעניין זה, סוג מנויים – קבוצת מנויים העונה למאפיינים המאפשרים לאבחנה מקבוצת מנויים אחרת"**. הוראות כמעט זהות מצויות ברישיון של סמייל ושל בזק בינלאומי.





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 לענייננו, בהחלט ניתן לטעון כי לקוחות חדשים ולקוחות מתמקחים הם קבוצה העונה על מאפיינים  
2 המבדילים אותה מקבוצה אחרת.

3  
4 רישיונות סלקום פלאפון ופרטנר קובעים חובה לספק שירות בתנאים בלתי מפלים, וכוללים בכל  
5 איסור על הפליית מחירים: בעל הרישיון יספק שירות רט"ן וסל שירותים, כהגדרתו בסעיף 73א,  
6 לכל מבקש בתנאים שווים ובלתי מפלים ובתעריף בלתי מפלה". כאשר בהמשך מפורטות  
7 אפשרויות האבחנה בין לקוחות שונים ועל פי סלי שירותים שונים. בנוסף, קובע סעיף 78א(ב)  
8 לרישיון פלאפון כי: "מצא השר כי תעריף מתעריפי בעל הרישיון או דרישה לתשלום לבעל הרישיון  
9 או באמצעותו אינו סביר, או עלול לפגוע בתחרות או בצרכנים, יודיע השר על כך לבעל הרישיון תוך  
10 ציון התיקון הנדרש.....". כלומר, אם התעריפים הנקבעים פוגעים בתחרות, ניתן לחייב את נותן  
11 השירות לתקן את התעריפים.

12  
13 כן מחייבים הרישיונות לפרט באתר או במשרדי השירות את התעריפים לשירותים השונים.

14  
15 רישיונות הטלוויזיה הרב ערוצית קובעים איסור על אפליה, לרבות הפליית מחירים, למעט על פי  
16 קבוצות מינויים. נקבע כי יש לספק את השירות ללא אפליה. כיון שמדובר בשירות המצריך ביקור  
17 טכנאי, נקבע במפורש כי איסור האפליה כולל איסור אפליה על בסיס מיקום גיאוגרפי. סעיף 12.1  
18 לרישיון YES מדגיש במפורש כי באזורים בהם אין תחרות עם חברה אחרת המספקת טלוויזיה רב  
19 ערוצית, לא ניתן יהיה לגבות מחיר גבוה יותר מאשר באזור בו מתקיימת תחרות. היינו, גם כאן  
20 המטרה היא עידוד התחרות בשוק לטובת הצרכנים.

21  
22 השאלה היא האם הפליית מחירים היא אפליה אסורה על פי תנאי הרישיונות האם לקוחות חדשים  
23 ולקוחות מתמקחים הם קבוצה עם מאפיינים המצדיקים הבחנה כזו, ולבסוף, כיצד משפיעה שאלת  
24 התחרות על איסור האפליה. בהקשר של תחרות מתעוררת גם שאלת שקיפות המחירים. אין  
25 מחלוקת כי המשיבות מפרסמות את המחירים, לרבות מחירי מבצעים, אך אינן מפרסמות הטבות  
26 אד הוק, הניתנות ללקוחות מתמקחים וללקוחות חדשים. מדובר בפרשנות הוראות הרישיונות  
27 השונים, הדומים עד כדי זהות.

28  
29 הרישיונות מדברים על "קבוצת לקוחות שיש במאפייניה כדי להבחין באופן ענייני מקבוצה אחרת"  
30 (נטוויז'ן); "סוג מנויים – קבוצת מנויים שיש במאפייניה טעם סביר המצדיק את אבחנתה  
31 מקבוצה אחרת" (סמייל, סלקום פרטנר ופלאפון) וכן על "קבוצת מנויים העונים למאפיינים  
32 המאפשרים לאבחן אותה מקבוצת מנויים אחרת, ואשר קיים טעם סביר לקבוע לה תנאים שונים  
33 (YES והוט).



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

על כן השאלה היא האם לקבוצת הלקוחות המתמקחים והחדשים יש מאפיינים ייחודיים, והאם יש טעם סביר להבחין ביניהם לבין שאר הטעם הסביר שניתן על ידי המשיבות, והתקבל ע"י הרשות לתחרות, ארגוני הצרכנים, ובעקבותיהם המועצה לכבלים ולווין, הינו הגברת התחרות והורדת המחיר, בסופו של יום, לכלל הלקוחות.

הן לעמדות המבקשים, הן לעמדות המשיבים, יש אחיזה בלשון הרישיונות. הרישיונות אינם מפרטים מהו סוג מינוי, ומהם תבחינים המאפשרים אבחנה בין לקוחות שונים. לאור זאת יש לעמוד תחילה על הבסיס הרעיוני לאסדרה בתחום התקשורת, על העקרונות העומדים בבסיס הוראות הרישיונות בהקשר זה ולעמדות המאסדרים בנוגע לפרשנות הוראות הרישיונות.

### 9. על החקיקה המסדירה את תחום התקשורת בישראל ועל תפקיד המאסדר (הרגולטור) בתחום התקשורת

תחום התקשורת האלקטרונית במדינת ישראל מוסדר במארג של דברי חקיקה וחקיקת משנה, ובין היתר: חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965 (להלן: **חוק רשות השידור**), אשר מכוחו קמה רשות השידור; חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 (להלן: **חוק הרשות השנייה**), המקים את הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו; פקודת הטלגרף האלחוטי, וחוק הבזק, אשר במסגרתו נקבע ההסדר החוקי להפעלתם של שידורי הטלוויזיה הרב ערוצית ושידורי הטלוויזיה באמצעות לווין (ראו לעניין זה: בג"ץ 8938/11 All For Peace **חברה לתועלת הציבור נ' שר התקשורת**, פורסם בנבו, 24.02.2015, פסקה 20 לפסק דינו של כב' השופט חנן מלצר; להלן: **עניין תועלת הציבור**; בג"ץ 7200/02 **די.בי.אס. שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין**, פ"ד נט(6) 21 (2005), סעיף 7 לפסק דינו של כב' השופט אשר גרוניס; להלן: **עניין די.בי.אס.**).

אשר לטעמים ולתכליות שבבסיס הצורך ברגולציה של תחום התקשורת האלקטרונית נקבע, כי בלב החובה המוטלת על השלטון המרכזי להסדיר את השימוש באמצעי התקשורת האלקטרונית, מצויה התפיסה שלפיה **"גלי האתר הם רכוש הציבור ולא רכושו של פרט זה או אחר"** (בג"ץ 1/81 **ויקי שירן נ' רשות השידור**, פ"ד לה(3) 365 (1981), פסקה 9 לפסק דינו של כב' השופט, לימים הנשיא, מאיר שמגר; **עניין תועלת הציבור**, סעיף 27 לפסק דינו של כב' השופט, לימים המשנה לנשיאה, חנן מלצר).

האסדרה של אמצעי התקשורת האלקטרונית בישראל נעשית כיום באמצעות מערך של גופים וגורמים המהווים חלק מן המערכת השלטונית במדינה, תחת פיקוחו של משרד התקשורת והשר העומד בראשו. שר התקשורת ומשרד התקשורת מסדירים את תחום הבזק; הרשות השנייה



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 לטלוויזיה ולרדיו ומועצת הרשות מסדירות את שידורי הרדיו והטלוויזיה המסחריים; המועצה  
2 לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, ולצדה מנהלת הסדרת השידורים לציבור, מסדירות את שידורי  
3 הטלוויזיה הרב-ערוצית למנויים (יו"ר המועצה הוא נציג משרד התקשורת); רשות השידור  
4 מסדירה את השידור הממלכתי; ועדת התדרים מסדירה את השימוש בתדרים. סמכויות נוספות  
5 נתונות בידיהם של שר האוצר ואגף התקציבים, ועדות הכלכלה והכספים של הכנסת ומשרד  
6 המשפטים (ראו: יזהר טל, דינה עברי-עומר, "הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית  
7 בישראל, הצורך בהקמת רשות תקשורת", המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות 76 (תש"ע  
8 2009; להלן: טל ועברי-עומר, רגולצית התקשורת).

9  
10 גורם שלטוני נוסף המשפיע על ההסדרה של תחום שירותי הבזק הוא הרשות להגבלים עסקיים  
11 והממונה העומדת בראשה, המופקדים על שמירת התחרות במשק מכוחו של חוק התחרות  
12 הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק התחרות הכלכלית) ומכוח החוק לקידום התחרות ולצמצום  
13 הריכוזיות, התשס"ג-2013 (להלן: חוק הריכוזיות). הפיקוח של רשות התחרות הינו כלל-ענפי,  
14 ובכלל זה הוא פורש כנפיו גם על תחום התקשורת (ראו: טל ועברי-עומר, רגולצית התקשורת עמ'  
15 91).

16  
17 סמכויות האסדרה שבחוק הבזק, מסורות כאמור לשר התקשורת, ואולם בפועל, חלקן הואצלו  
18 לנושאי תפקידים מסוימים במשרד התקשורת. חוק הבזק והתקנות שהותקנו מכוחו מעניקים בידי  
19 שר התקשורת ובעלי תפקידים במשרד התקשורת גם סמכויות פיקוח ואכיפה נרחבות, ובין היתר  
20 בכוחם ליתן הוראה לבעל רישיון לתקן הפרה של כללי האסדרה או של תנאי הרישיון, או לתקן  
21 ליקוי שנתגלה בפעילותו, בפרט כאשר בעל הרישיון פועל באופן שיש בו כדי לגרום פגיעה  
22 משמעותית בתחרות בתחום הבזק (ראו: סעיף 11(ב) לחוק הבזק); להטיל עיצום כספי על בעל  
23 רישיון שהפר את הוראות החוק, או את הוראות הרישיון (ראו: הוראות פרק ז' לחוק הבזק); לחלט  
24 ערבות בנקאית שהופקדה על ידי בעל הרישיון, במקרה של הפרה; לבטל רישיון, להגבילו, או  
25 להתלותו במקרה שבו הפר בעל הרישיון תנאי מהותי ברישיון, או מטעמים שבטובת הציבור (ראו:  
26 סעיף 6 לחוק הבזק) (עניין תועלת הציבור פסקאות 30-32 לפסק דינו של כב' השופט חנן מלצר; טל  
27 ועברי-עומר, רגולצית התקשורת, עמ' 89).

28  
29 לענייננו, הנושא שבמחלוקת הוא הפליית מחירים ותחרות. היינו, כיצד יש לפרש את הוראות  
30 הרישיונות, לאור שיקולי התחרות בתחום התקשורת. שכן, כאמור, הרישיונות סובלים את שתי  
31 הפרשנויות, ומאסדרים שונים בחוקים שונים, בחרו, כל אחד בפרשנות שונה. לצורך כך אעמוד  
32 תחילה על שיקולי התחרות בתחום התקשורת, ואחר כך אדון בשאלה מיהו המאסדר הרלבנטי  
33 לעניין זה.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1

2

### 10. שיקול התחרות כשיקול מרכזי בתחום התקשורת

3

#### 10.א. הזכות לתחרות חופשית

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

32

33

34

35

36

37

38

39

40

התחרות הינה: "כלי להגדלת הרווחה החברתית בדרך של הורדת מחירים, ניצול יעיל של המשאבים הטבעיים ויצירת תמריצים להתייעלות ולחדשנות, כמו גם חלוקה שוויונית יותר של המשאבים בחברה" (כלשונן של מיכל (שיצר) גל והילה נבו, במאמרן: "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים מה 277, 278 (תשע"ו)). ההליך התחרותי בשוק נועד לרווחת הצרכן (לניתוח יתרונות התחרות ראו: דיויד גילה, "רגולציה מגוף ראשון: איזה סוג של רגולציה עדיף", בתוך: מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות (בעריכת ישי בלנק, דוד לוי פאר ורועי קרייטנר, תשע"ו-2016)).

כפי שנאמר פעמים רבות, התחרות אינה מטרה בפני עצמה, והיא באה לשרת מטרות אחרות. יפים לעניין זה דבריו של כב' המשנה לנשיאה השופט אליקים רובינשטיין בבג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פורסם בנבו, 27.03.2016, פסקה מ"ח לפסק דינו, (והאסמכתאות שם):

"תחילה בקצירת האומר על שיקולי התחרות, שגם עליהם אין צורך להכביר מלים. חשיבות התחרות צוינה, זה מכבר, על-ידי השופט ברנזון, שקבע כי: "חופש ההתחרות עד גבול מסוים הוא עקרון חשוב ובתני-המשפט מצווים לקיימו ולעודדו עד כמה שאפשר" (ע"א 4/74 ברמן נ' משרד להובלת משאות פרדס חנה-כרכור, פ"ד כט(2) 718, 721-722 (1975)). בנוסף, ההגנה על התחרות החופשית התחזקה לאחר חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק.....היו שראו בשמירה על התחרות החופשית כמנגנון הכרעה דמוקרטי בקבלת החלטות חברתיות בתחום הכלכלי, כאשר שמירת כוחו של הצרכן להכריע בין אלטרנטיבות כלכליות מקנה לו, למעשה, כוח להשפיע ולהכריע גם בהכרעות כלכליות כלליות של החברה...ההגנה על התחרות החופשית עומדת גם ביסוד ההגנה על זכויות יסוד אחרות. כך, לדוגמה, אין לנתק בין חופש התחרות לבין חופש העיסוק...קיומו של מונופולין או היעדר זכות שווה לעסוק, פוגעת בחופש העיסוק..."

כן יפים דבריו של כב' השופט סלים ג'ובראן, באותו פסק דין (בפסקה 28 לפסק דינו):

"אין מחלוקת בדבר חשיבותם של שיקולי התחרות ועל מעמדם הרם בשיטה המשפטית בישראל. חוק ההגבלים העסקיים הוגדר זה מכבר בפסיקתו של בית משפט זה כ"מגנא כרטא" של זכויות הצרכן והתחרות החופשית", וביחס לתחרות החופשית נקבע כי היא "אבן יסוד בכל שיטת משטר דמוקרטי"...עם זאת, חשוב להטעים, כי על אף שתחרות חופשית היא אינטרס ציבורי וכלי אינסטרומנטלי רב-מעלה לקידומן של תכליות חברתיות חשובות, היא אינה מהווה מטרה בפני עצמה. חשיבותה נגזרת מאותן תכליות אותן ביכולתה להשיג, וביניהן: הפחתת מחירים בשוק והגדלת הרווחה המצרפית; יצירת תמריצים לחדשנות והתייעלות; ביזור מוקדי ההכרעה החברתית; הגנה על חופש העיסוק; ויצירת הזדמנות שווה לכל אזרח להשתתף בשוק".



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

אמנם, חופש התחרות אינו מנוי בחוקי היסוד (ראו לעניין זה: מיכל שיצר-גל ומנחם פרלמן, הקדמה, בתוך: **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים**, כרך ראשון, 25 (בעריכת מיכל שיצר-גל ומנחם פרלמן, התשס"ח-2008). עם זאת, ניתן לטעון כי חופש התחרות נגזר מחירות הפרט להגשמת האוטונומיה האישית שלו, ונובע מזכותו של האדם לכבודו, שכן התחרות החופשית מעניקה לצרכן את היכולת להכריע בין אלטרנטיבות כלכליות ובכך להשפיע על ההכרעות הכלכליות הכלליות בחברה (לעמדה זו ראו: אהרן ברק, **פרשנות במשפט**, כרך ג', **פרשנות חוקתית**, 422 (תשנ"ד)). דרך אחרת היא לראות את חופש התחרות כחלק מזכותו של האדם לחופש העיסוק, ומכאן שחופש התחרות זוכה להגנה מכוח חוק יסוד: חופש העיסוק (ראו והשוו: ע"א 239/92 **אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' יצחק משיח**, פ"ד מח(2) 66 (1994); בג"ץ 28/94 **בצלאל צרפתי נ' שר הבריאות**, פ"ד מט(3) 804 (1995); בג"ץ 4915/00 **רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נד(5) 451 (2000)).

חשיבות התחרות כערך יסוד במשפט הישראלי באה לידי ביטוי, בין רבים, בפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 1030/99 **חבר-הכנסת חיים אורון נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד נו(3) 640 (2002), שם נדון תיקון לחוק הבזק שהעניק רישיון להפעלת תחנת שידור למי שהפעיל במשך חמש שנים רצופות תחנה כזו. העותרים תקפו את חוקיות החוק בטענה שהוא פוגע בעקרון השוויון בין מתחרים שלא לתכלית ראויה. כב' השופט תיאודור אור קבע (בפסקה 26 לפסק דינו):

**"לחופש התחרות יש חשיבות הן בהיבט הציבורי והן בהיבט האישי. מבחינת ההיבט הציבורי, התכלית היא הגברת היעילות במשק. חופש התחרות תורם לשיפור טיב המוצר או השירות ולשמירה על רמת מחירים הולמת לתועלתם של הצרכנים. בהיבט האישי תכליתו היא הן לאפשר לפרט למצוא את מחייתו והן לעצב את אישיותו ומעמדו. ההיבט האישי של חופש העיסוק, הכולל את חופש התחרות, הפך לזכות חוקתית המוגנת במסגרת חוק-יסוד: חופש העיסוק".**

בין אם מדובר בזכות חוקתית ובין אם לאו, אין חולק על חשיבותה ומרכזיותה של התחרות, תוך אסדרתה, כך שתהיה תחרות ראויה והוגנת.

עתה אעבוד לדון בתחרות בהקשר של שוק התקשורת והמטרות העומדות בבסיס התחרות בתחום זה.

### 10. ב. התחרות בתחום התקשורת ככלי לקידום מטרות חברתיות

בתחום התקשורת, נושא התחרות תופס משקל נכבד בהחלטות השר בעניין הענקת רישיונות. כשהמטרה היא יעילות השוק והפחתת מחירים לטובת הצרכנים. השיקולים אותם השר חייב לשקול בעת הענקת הרישיון, שינויו או שלילתו מופיעים בסעיף 4(ב) לחוק הבזק:

**"(ב) במתן רישיון ובקביעת התנאים בו יובאו בחשבון, בין השאר, שיקולים אלה:**



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוד נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

- 1 (1) מדיניות הממשלה בתחום הבזק;
- 2 (א) שיקולים שבטובת הציבור;
- 3 (2) התאמתו של מבקש הרשיון לבצע את פעולות הבזק ולתת את שירותי הבזק
- 4 שלגביהם הוא מבקש רשיון;
- 5 (3) תרומת מתן הרשיון לתחרות בתחום הבזק ולרמת השירותים בו.
- 6
- 7 הוראה דומה קיימת גם בתקנה 12(ב) לתקנות התקשורת (בזק ושידורים) (הליכים ותנאים לקבלת
- 8 רישיון כללי ייחודי), התשס"ד-2004:
- 9 "ב) לא יינתן רישיון כללי ייחודי למבקש, אלא אם כן שוכנע השר, על פי בקשה
- 10 בכתב שצורפה לבקשה, כי מתן הרישיון יקדם את התחרות בתחום הבזק או במגזר
- 11 פעילות או שהוא לטובת הציבור, במקרים המפורטים להלן:
- 12 (1) בעל ענין במבקש הוא מפ"א או בעל רישיון כללי לשידורי כבלים;
- 13 (2) שניים או יותר מבעלי השפעה ניכרת במבקש הם בעלי רישיון באותו מגזר
- 14 פעילות או בעלי רישיון לשידורים, או שהם חברה אם של בעלי רישיון כאמור".
- 15
- 16 וכך נאמר בהתייחס לתחום התחרות בשוק התקשורת בבג"ץ 3483/05 די.בי.אס. שרותי לוויין
- 17 (1998) בע"מ נ' שרת התקשורת (פורסם בנבו, 2007), בפסקה 23 לפסק דינו של כב' השופט (לימים
- 18 כב' הנשיא) אשר גרונים:
- 19 "חוק התקשורת עבר בשנת 2001 תיקון מקיף שדומה כי תכליתו העיקרית הייתה
- 20 לפתוח את שוק התקשורת, על ענפיו השונים, לתחרות. במסגרת זו ניתנו לשר
- 21 התקשורת סמכויות הדרושות לו לשם רגולציה של שוק התקשורת. כך נעשה הן
- 22 בתחום השידורים הרב-ערוציים .... הן בתחום שירותי הבזק, כהגדרתם בחוק
- 23 התקשורת, כפי שניתן ללמוד מהוראת סעיף 11(ב) ומדברי ההסבר לסעיף זה. הגברת
- 24 התחרות אליה שואף החוק כוללת גם הגברת תחרות בתחום הטלפוניה. יוער, כי גם
- 25 עובר לתיקון 25 נעשו מהלכים לצמצם את המונופול של בזק בתחום הטלפוניה
- 26 ..... על רקע זה, מתגמדת חשיבות האמצעי בו משתמש בעל רישיון כדי לפגוע
- 27 בתחרות. כלומר, קיים יסוד איתן לטענה, לפיה סמכותו של שר התקשורת אינה
- 28 נשללת אך משום שהפגיעה בתחרות נעשתה באמצעות הזרמת כספים לחברה
- 29 שבבעלות בזק, להבדיל מפעולה ישירה של בזק בשוק הטלפוניה".
- 30
- 31 וכן נאמר בבג"ץ 1139/07 בזק בינלאומי נ' שר התקשורת (פורסם בנבו, 2007, בפסקאות 13-14):
- 32 "את שיקול דעתו של השר יש לבחון בראש ובראשונה באמצעות הוראותיו של חוק
- 33 התקשורת. השיקולים אותם השר חייב לשקול בעת הענקת הרישיון, שינויו או
- 34 שלילתו מופיעים בסעיף 4 לחוק... חוק התקשורת קובע כי על השר לשקול שיקולים
- 35 שונים בעת מתן רישיון, ביניהם שיקולים שבטובת הציבור (סעיף 4(ב)(1) לחוק)
- 36 ושיקולים הנוגעים לתרומת מתן הרישיון לתחרות בתחום הבזק ולרמת השירותים
- 37 בו (סעיף 4(ב)(3) לחוק). תקנה 12(ב) מוסיפה וקובעת כי השר אינו רשאי לתת רישיון
- 38 למבקש שבעל ענין בו הוא מפ"א או בעל רישיון כללי לשידורי כבלים אלא אם כן
- 39 שוכנע כי נתינתו תתרום לתחרות בתחום הבזק. במסגרת השיקולים הללו של טובת
- 40 הציבור ותחרות בתחום הבזק חייב השר להביא בחשבון גם זיקות ובעלויות צולבות
- 41 בשוק התקשורת".
- 42
- 43





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

בעניין די.בי.אס התייחס בית המשפט בהרחבה לסוגיית התחרות החופשית ולחשיבותה החברתית הרבה בתחום התקשורת (פסקה 14):

"עקרונות התחרות, ביזור השליטה וגיוון השידורים מהווים אינטרס מרכזי במסגרת הרגולציה של שוק התקשורת, ובכלל זה אף במסגרת הרגולציה של הטלוויזיה הרב ערוצית .... פן אחד אשר במסגרתו באו העקרונות האמורים לידי ביטוי הינו פתיחת שוק הטלוויזיה הרב ערוצית לתחרות. כוונתנו בהקשר זה היא לשניים: מתן אפשרות להעברת שידורים באמצעות לוויין אשר יתחרו בשידורי הכבלים (במסגרת תיקון הלוויין) ומעבר ממסטר של זיכיונות למסטר של רישיונות (במסגרת תיקון 25). זאת ועוד, בחינת הוראותיו של חוק התקשורת מעלה כי העקרונות הנזכרים עוברים כחוט השני לאורכו של החוק, ובכלל זה במסגרת ההוראות העוסקות ברישיונות לטלוויזיה רב ערוצית. כך, סעיף 46(4) לחוק קובע כי במתן רישיון לשידורי טלוויזיה באמצעות לוויין ובקביעת תנאים בו יובאו בחשבון, בין היתר, "תרומת מתן הרישיון לתחרות בתחום הבזק והשידורים, ריבויים וגיווןם ולרמת השירותים בהם". הוראה דומה לעניין רישיונות לשידורי כבלים מצויה בסעיף 46(1)4."

### 11. הגשמת התחרות – בין משרד התקשורת לרשות התחרות

#### 11.1 ביזור רגולטורי

##### 11.1.א. מהו ביזור רגולטורי

ביזור רגולטורי מתקיים במצב בו פעילות או תחום מסוים מוסדרים בו זמנית בידי כמה מאסדרים. מצב זה נוצר, למשל במקרים כמו זה שלפנינו בו התחום מוסדר הן ע"י רגולטור ספציפי, במקרה זה משרד התקשורת ומאסדרים נוספים בתחומים הספציפיים (כמו המועצה לשידורי כבלים ולוויין), הן ע"י מאסדר כללי של תחרות, בידי הממונה על תחרות (על הסיבות ליצירת ביזור רגולטורי, היתרונות והחסרונות בכך ראו: עדי אייל, ציפי איסר-אייזיק ואורן פרו "רגולציה בתנאים של ביזור: בין התנגשות לסיווגיה ומבט למציאות רגולטורית בישראל" בתוך: **מסדירים רגולציה-משפט ומדיניות**, 213 (בעריכת ישי בלנק, דוד לוי פאר ורועי קרייטנר, תשע"ו-2016, להלן: **אייל ואח', רגולציה בתנאי ביזור**, וכן בהתאמה פאר, בלנק וקרייטנר, **מסדירים רגולציה**).

המחברים מגדירים את המונח "רגולציה כללית", כ: "מערכת נורמות החלה על כל המגזרים או על כל השווקים במשק באופן כללי, והרגולטור האמון עליה הוא רגולטור כללי (כגון רשות הגבלים עסקיים)". את המונח "רגולציה סקטוריאלית" הם מגדירים כ: "מערכת נורמות החלה על שוק ספציפי או על תחום פעילות ספציפי ומבוססת על מומחיות ספציפית באותו שוק או באותה טכנולוגיה, והרגולטור האמון עליה הוא רגולטור סקטוריאלי (כגון הרשות לשירותים ציבוריים-חשמל)" (שם, בעמ' 214-215), ומוסיפים:

"תופעת הביזור הרגולטורי נוצרת כשסמכויות לקביעת הרגולציה ולפיקוח על יישומה בתחום מסוים מחולקות בין כמה גורמים הפועלים בד בבד, לעתים תוך חפיפה מלאה או חלקית. מצב זה יכול שיהיה מתוכנן, כמהלך יזום של פיצול סמכויות, ויכול שיהיה תוצאה של כללי רגולציה שנקבעו בד בבד בתחומים נפרדים והמציאות המורכבת הצמיחה חפיפה ביניהם. הסוג הראשון מאפיין שיטות של





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

"איזונים ובלמים" שתוכננו כדי שגורמי הרגולציה יצטרכו לשתף פעולה זה עם זה באופן שיאפשר פיקוח הדדי ויביא למימוש טוב יותר של התכליות שעליהן הם אחראים; הסוג השני מאפיין במיוחד תעשיות מאוסדרות, הפועלת תחת אסדרה של רגולטור סקטוריאלי ובו בזמן כפופות לרגולציה כללית של רגולטור כללי. מעבר לכך, גם ללא רגולציה ספציפית לסקטור מסוים, פעילויות רבות נופלות תחת הסמכות של כמה רגולטורים כלליים שכל אחד מהם ממוקד בהיבטים אחרים של הפעילות".

בהמשך הם עומדים על הבעייתיות הכרוכה במצב זה של ריבוי מאסדרים בתחום אחד (שם):

"דומה כי תופעת הביזור הרגולטורי קיימת במרבית תחומי הפעילות והיא חלק מעולם הרגולציה של ימינו. במקרים רבים נוצר ביזור רגולטורי ללא מחשבה סדורה, ללא התייחסות לחפיפה בין כמה גורמי אסדרה ובלי שניתנה הדעת לעובדה שיש הבדלים מהותיים בין סמכויותיהם, בין עקרונות-העל המנחים אותם, בין האתוסים המוסדיים המשפיעים על אופן פעולתם ובין כללי המנהל שהם כפופים להם. מצבים אלה מדגישים את חסרונות הביזור הרגולטורי ואת הקשיים שעמם גורמים מוסדרים נאלצים להתמודד. מנגד, לעתים החפיפה בין כמה גורמי אסדרה יוצרת סינרגיה בין גורמים המתמחים בתחומים שונים זה מזה, כך שהשלם גדול מסך חלקיו" (שם).

המחברים עומדים על הבעייתיות העשויה להיווצר במצב בו לא נעשה תיאום בין הרגולטורים השונים המסדירים את אותו התחום ונתקבלה החלטה מנהלית ע"י רגולטור יחיד, הרגולטור הסקטוריאלי, ללא היוועצות עם רגולטור אחר שלו נגיעה לתחום, ומביאים כדוגמא את תחום התקשורת, בו פועלים, במקביל, משרד התקשורת ורשות הגבלים העסקיים (שם):

"במצב כזה, שבו לא נעשה מראש איזון אינטרסים מחושב, אפשר לטעון כי האיזון ייעשה אד הוק, תוך כדי ההתנהלות של הרשות הרגולטורית שרכשה לעצמה את העדיפות דה פקטו וקיבלה החלטות בעלות השפעה על תחום הפעולה של רשות רגולטורית אחרת. ספק אם אלו פני הדברים במציאות. ברוב מקרי הקונפליקט כל רגולטור פועל בתחומי; הרגולטור שזוכה לעדיפות דה פקטו (ולא מתוך תכנון מוקדם) אינו פועל בהכרח מתוך מודעות לתחום פעולתו של רגולטור אחר, והכרעתו אינה תולדה של תיאום. יתרה מזו: לעתים נוצרת רגולציה שהיא אפילו אקט חד-צדדי שנוי במחלוקת בין שני רגולטורים, למשל כשיש לרגולטור סמכות למנוע פעולה מסוימת, שרגולטור האחר הפועל באותו שוק חפץ בביצועה אך אינו מוסמך להורות על כך. כזה הוא, למשל, מיזוג בשוק התקשורת: הממונה על הגבלים עסקיים יכול למנוע אותו מכוח סמכותו הכללית למרות ההעדפה של שר התקשורת למתן היתר למיזוג מטעמים של מדיניות משרדו ביחס לשוק הספציפי שבו מדובר. הקושי במצב זה נעוץ גם במומחיות ובידע מקצועי שהם תנאי להסמכה של רשות רגולטורית בתחום פעילותה הקונקרטי אך לא בתחום של הרשות האחרת. רשות רגולטורית הנדרשת להכריע בנושאים בעלי השפעה על נושא שאינו בתחום מומחיותה נתונה במצב בעייתי, העלול להוביל בוודאות די גבוהה להחלטה לא מאוזנת ומוטה לכיוון האינטרס והשוק המוכר לה. ההיקף של בעיה זו רחב במיוחד במקרים של קונפליקט בין רשות כללית כמו רשות הגבלים עסקיים לרשות סקטוריאלית דוגמת המשרד להגנת הסביבה או משרד הבריאות. קונפליקט זה זכה להתייחסות רחבה הן בדיונים בינלאומיים והן במחקר האקדמי... בדיונים אלה רווחת הדעה שהענקת עדיפות לרשות הסקטוריאלית להכריע בשאלות בעלות השפעה מהותית על התחרות היא בעייתית בשל היעדר ידע וניסיון בקידום התחרות. הבעייתיות מתחזקת במיוחד



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

נוכח מבנה שוק ריכוזי המתאפיין בבעלויות צולבות כמו המשק הישראלי, וההשפעה ההדדית שיש להחלטה בשוק של סקטור אחד על מבנה השוק בסקטור אחר. זווית אחרת לבעייתיות זו מתייחסת לתופעת הרגולטור השבוי, האופיינית יותר לרגולטורים סקטוריאליים המקיימים דיאלוג שוטף עם השחקנים העיקריים בשוק, ויש חשש שהחלטותיהם ייטו לשמור על היציבות של אותם שחקנים והאינטרסים שלהם על חשבון שיקולי התחרות."

### 11.1.ב. פתרונות אפשריים לתיאום בין מאסדרים

ישנן מגוון הצעות להסדרת הביזור הרגולטורי, ותיאום בין המאסדרים השונים. כך, למשל, מציעים אייל ואח', רגולציה בתנאי ביזור פתרונות כמו יצירת גוף שלישי שתכליתו ליצור קואורדינציה בין הרגולטורים הרלוונטיים (עמ' 245), או הענקת עדיפות מראש לאחד מהרגולטורים. הם עומדים תחילה על יתרונותיו של כל רגולטור- הרגולטור הסקטוריאלי והרגולטור הכללי (שם בעמ' 251-250):

"ראוי לציין כי במצבים מסוימים יש לרגולטורים הסקטוריאליים יתרונות ברורים על פני הרגולטורים הכלליים: ראשית, הם בעלי ידע מצטבר נרחב באספקטים טכניים של מוצרים ושירותים בסקטור שלהם, ולכן הם מתאימים יותר לקבוע ולהתוות רגולציה בעלת אופי טכני כמו בסקטור הטלקומוניקציה; שנית, יש להם יתרון בתחומים שבהם נדרש פיקוח מתמשך ושוטף והכרעות מהירות ומוחלטות אגב כך; נוסף על כך הם עדיפים בסקטורים ובמצבים שבהם אכיפה בדיעבד (המאפיינת רגולטורים כלליים) יוצרת חוסר ודאות חריגה בשל מאפייני הדינמיות באותו סקטור; כמו כן, במצבים שבהם אכיפה יעילה מצריכה התעמקות ובקיאאות בהתנהלות השוק והכרת השטח כדי להתמודד עם מורכבות התחום הספציפי, יש יתרון מובהק לרגולטור סקטוריאלי; לבסוף, כשמדובר בכשלים מבניים חוזרים ונשנים האופייניים לאותו סקטור יש עדיפות לרגולטור סקטוריאלי בעל ניסיון בקביעת כללים ברורים והולמים לענף. לעומת זאת, לרשות כללית כמו רשות ההגבלים העסקיים יש עדיפות במצבים שבהם עדיין אין שוק מוגדר ונדרשת הגדרה שלו לצורכי רגולציה; נוסף על כך יש לה עדיפות כשאכיפה רגולטורית מראש (ex ante), האופיינית לרגולטורים סקטוריאליים, מובילה לעיוותים בביצועי השוק, לעצירת ההתפתחות של מוצרים חדשים וכשלים בעלי השפעה כלכלית ניכרת; כמו כן, בשווקים שבהם לא נדרש פיקוח רגולטורי מתמשך וצמוד יש יתרון לרשות רגולטורית כללית; לבסוף, בשוק של מוצרים הנהנים מביקוש גבוה ועניין רב (products of interest), החשוף יותר למניפולציה אסטרטגית שאותה אי אפשר לצפות ולמנוע באמצעות רגולציה סקטוריאלי מראש, יש עדיפות לרגולטור כללי כמו רשות הגבלים עסקיים."

פתרון נוסף המוצע על ידם לקושי המתעורר, הינו החלת כללי תיאום הדדיים על הרגולטורים (שם, בעמ' 252 ואילך). היינו: דרך ביניים שאינה מגדירה מראש לאיזו רשות רגולטורית תינתן סמכות ההכרעה, אלא מאמצת מנגנונים שיבטיחו תיאום במצבים של סמיכות רגולטורית, כגון: הטלת חובה על רשות רגולטורית המעוניינת ליזום רגולציה חדשה לבצע הערכה של ההשפעות הרגולטוריות לפני אישור הרגולציה המוצעת. המטרה של הערכת ההשפעות היא לוודא כי התועלת של הרגולציה המוצעת עולה על עלותה, וכי לחלופות אחרות לרגולציה המוצעת אין סיכויי הצלחה טובים יותר. זאת ניתן לבצע באמצעות החלפה של אנשי צוות בין רגולטורים (מינוי הדדי של נושא



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 משרה מרשות רגולטורית אחת בגוף המנהל של רשות רגולטורית אחרת, בעלת סמיכות תפקודית);  
2 שיתוף מידע בין מוסדי בין גורמים מממשל שונים ועוד.

3  
4 מיכל שיצר-גל, במאמרה: "תפקידו של חוק ההגבלים העסקיים במארג החוקים הכלכליים של  
5 מדינת ישראל", בתוך: "ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים", כרך ראשון, עורכים:  
6 מיכל שיצר-גל ומנחם פרלמן, 31 (התשס"ח-2008, (להלן: שיצר-גל, תפקידו של חוק ההגבלים  
7 העסקיים), דנה בתחולת דיני ההגבלים העסקיים בשווקים מוסדרים, לרבות במצבים של התנגשות  
8 דינים, דהיינו: האם קיימת תחולה לדיני ההגבלים העסקיים במקום בו קיים חוק סקטוריאלי  
9 (ראו: עמ' 53-58). בהמשך היא דנה ביחסי הגומלין בין הרשויות במקום בו אין התנגשות בין חקיקה  
10 סקטוריאלית לדיני ההגבלים העסקיים, אולם יש לשקול שיקולי פגיעה בתחרות. היא מציינת כי  
11 מערכת היחסים בין הרשות הספציפית לרשות ההגבלים העסקיים מתגבשת וחלה בשתי רמות:  
12 הראשונה, בעת הקמת הרשות הספציפית וקביעת הכללים אשר בגדרם היא תפעל. בהתייחס לרמה  
13 זו מציינת המחברת כי כיום אין חובה לרשות המחוקקת לשמוע את עמדת הרשות להגבלים עסקיים  
14 (חובת התייעצות) בטרם יחוקק חוק הפוגע בתחרות; השנייה, בשלב האכיפה של החוק הספציפי.  
15  
16 ענייננו הוא ברמה השנייה, שלב פרשנות ואכיפת הרישיונות. המחברת מביאה כדוגמא את שוק  
17 התקשורת ומציינת בהתייחס לכך כדלקמן (בעמ' 59):

18 "סוגיה סבוכה יותר עניינה מערכת היחסים בין רשויות האכיפה במקום שבו נדרשת  
19 רשות ההסדרה הספציפית להחליט החלטות המשפיעות באופן משמעותי על  
20 התחרות החופשית, אך אינן מהוות הפרה של חוק ההגבלים העסקיים. כך למשל  
21 נדרש משרד התקשורת להכריע אם יינתן זיכיון שיאפשר כניסתו של שחקן חדש  
22 לשוק הכבלים, והמפקח על משק החשמל נדרש להכריע אילו תעריפים תשלם חברת  
23 החשמל עבור חשמל שהיא רוכשת מיצרני חשמל פרטיים. שאלת הגוף המכריע  
24 ותהליך קבלת ההחלטות היא בעלת השפעה רבה על המשקל שיינתן לשיקולי  
25 תחרות...".

26  
27 בהמשך היא סוקרת את המודלים העיקריים המקובלים בעולם לקבלת החלטות במקרים שבהם  
28 להחלטה ישנה השפעה מהותית על מידת התחרות בשוק: במודל הראשון, נתונה הסדרת התחרות  
29 בשוק לרגולטור הספציפי, ואילו הרשות להגבלים עסקיים מתפקדת באופן פסיבי בלבד, במקרים  
30 בהם קיימת הפרה של הוראות דיני ההגבלים העסקיים. במודל השני, המקובל בשווקים רבים  
31 באיחוד האירופאי, הסדרת התחרות בשווקים נתונה לרשות להגבלים עסקיים. לשם כך הוקמו  
32 ברשות ההגבלים העסקיים יחידות משנה סקטוריאליות, בעלות מומחיות בשוק הספציפי שבו  
33 מדובר. בהתאם למודל השלישי, מודל הביניים, המקובל בשוק התקשורת באוסטרליה, מתקבלות  
34 החלטות המשפיעות על התחרות החופשית בשוק על ידי הרשות הסקטוריאלית והרשות להגבלים  
35 עסקיים במשותף, לאחר התייעצות ביניהן (שם, עמ' 59). המחברת עומדת על כך שהמשפט



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

הישראלי אימץ את המודל הראשון, בהתאם לו נתונה הסמכות להכריע בהחלטות המשפיעות על מידת התחרות בשוק לרשות הסקטוריאלית בלבד; היינו: הסמכות הספציפית להסדיר את פעולתו של שוק מסויים גוברת על סמכותו הכללית של הממונה על הגבלים עסקיים לשמור על התחרות בו; דהיינו: הסמכות להחליט בענייני תחרות היא בידי הרשות הסקטוריאלית ולא בידי הרשות להגבלים עסקיים, למעט חובות התייעצות הקבועות בחקיקה (למשל חוק הריכוזיות) וכן חובות התייעצות בהתאם לכללי המשפט המנהלי, ביניהם הצורך להיוועץ ברשות מומחית מקבילה.

יש לציין כי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מחייבות תיאום בין משרדי הממשלה לפני התקנה של תקנות חדשות. סעיף 11 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה בנושא "חקיקת משנה: נוהל והנחיות" עוסק בטיטוט תקנות. סעיף 2.11, שכותרתו "תיאום בין-משרדי כדרישה של מנהל תקין", מציין את החשיבות הציבורית של תיאום בין רשויות בהתקנת תקנות. התקנות חלות במקרים בהם חלה חובת היוועצות על פי חוק של שר אחד עם שר אחר לצורך הפעלת הסמכות להתקין תקנות במצבים שבהם יש חובה כאמור, או במצבים שבהם שר מעוניין להתייעץ עם גורמים נוגעים בדבר שלא על פי חובה שבחוק. אולם, אולם חובת התייעצות כאמור אינה חלה בהתייחס לסמכויות מנהליות אחרות, כגון פרשנות הרישיונות. היינו, הנחיות אלו אינן נותנות מענה למצבים שבהם אין בחוק חובת היוועצות או כשהסמכויות החופפות אינן סמכויות של התקנת תקנות אלא סמכויות מנהליות אחרות. ני סבורה כי אותו בסיס רעיוני העומד בבסיס הנחיה זו, עומד גם במצב של ביזור רגולטורי, וגם במקרה זה יש לקבוע ולו בהחייית היועמ"ש, חובת תיאום בין הגופים. במקרה שלפניי היועמ"ש לא הביא את המאסדרים לעמדה מוסכמת.

### 11.2 כללי ההכרעה במקרה של הבדלי גישות בין משרד התקשורת לממונה על התחרות

בתחום הסלולר גישות משרד התקשורת ורשות התחרות להסדרה היא שונה. עדי אייל במאמרו "המעגל לעולם חוזר: האם 'הכלכלה החדשה' תדרוש פתרונות ישנים בפיקוח על התקשורת הסלולרית?", מחקרי משפט כג', 629 (2007), עומד על הדברים (שם, בעמ' 630-632):

"בחיבור זה ארצה להתייחס לתחום אחד, שבו הטכנולוגיה משפיעה באופן ברור על המתח בין השאיפה לתחרות חופשית לבין הצורך בהסדרה מדינית של הכלכלה: תחום התקשורת הסלולרית בישראל. על מנת למקד את הדיון עוד יותר, אבקש לבחון את המתח בין מעורבותה של רשות ההגבלים העסקיים בעידוד התחרות בתחום הסלולרי לבין הפיקוח הרגולטורי המופעל מטעם משרד התקשורת בסוגיית הסדרת דמי הקישוריות. רשות ההגבלים מתמחה בפיקוח נקודתי על התנהגותם של מתחרים, כאשר האידיאולוגיה המנחה אותה היא שתחרות היא מנגנון יעיל ונכון לפעילותם של מרבית השווקים הכלכליים. .... משרד התקשורת, לעומת זאת, פועל בעיקר בתפקיד רגולטורי של גורם מקצועי המפקח על פעילותו של שוק חשוב מבחינה חברתית - ורווי כשלי שוק מבחינה כלכלית. תחום הטלקומוניקציה (תקשורת מרחוק או טלקום להלן) מצוי היה בפיקוח מתמיד... בכל המקרים התאפיינה הטכנולוגיה בראשיתה ביתרונות לגודל, .... ולצורך בתשתית שקיומה מוגבל. אלה לא איפשרו תחרות ממשית, והממשלות הרלוונטיות ראו את תפקידן



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

בפיקוח על המונופול הטבעי בהספקת השירות לציבור. עם השנים והצמיחה הכלכלית עלה הביקוש למוצרי התקשורת השונים (בדרך כלל, בד בבד עם חדשנות טכנולוגית שתרמה להוזלת הייצור), ותחרות מסוג זה או אחר הפכה להיות ישימה יותר. אצלנו בלטה דינמיקה זו במיוחד במעבר תחום הטלפוניה משירות שהממשלה מספקת לאזרחיה להקמת חברת "בזק" ממשתלבת ולהליכי הפרטה מתמשכים של חלקים גדלים והולכים מפעילותה. שני הגופים העוסקים בנושא, הרשות להגבלים עסקיים ומשרד התקשורת, מייצגים ברמה העקרונית גישות שונות לפתרון אותה הבעיה. הטלפון הוא תחום סבוך הרווי באתגרים ליצירתה של תחרות חופשית ולשימורה, ובהיעדרה של זו פיקוח רגולטורי מסוים הוא הכרחי. ההתפתחויות האחרונות בתחום הסלולר הן מרתקות, מכיוון שהן מאפשרות מבט מקרוב על תהליך הכורך יחדיו חידושים טכנולוגיים, אשר מאפשרים תחרות בין ספקי שירות שונים, ושינויים רגולטוריים, המעידים על רצון "לשחרר את הרסן" ולעודד את התחרות. הנטייה לקראת הפרטה של תחום הטלפון מסתמכת לא רק על טכנולוגיה אלא גם על מגמה רחבה יותר של ספקנות בדבר יכולתה של רגולציה לשמר את המתח הנכון בין שמירת האינטרסים של הצרכנים, מחד גיסא, לבין פתחון מרחב פעולה מספק ליצרנים המתמודדים עם סביבה טכנולוגית משתנה, מאידך גיסא. במידה מסוימת מהווה תחום הסדרת הטלפון מראה להתרחשויות רחבות יותר של הקטנת תפקיד המדינה בהסדרת הכלכלה. ניכרת העדפה של התערבות "כירורגית" (דוגמת זו של הרשות להגבלים עסקיים), במקומות שבהם התערבות היא הכרחית, על רגולציה מתמשכת של פרטי הפעלה אינסופיים. ... (הדגשות הוספו – מ' א' ג').

השאלה מה צריך להיות כלל ההכרעה במקרה שלפניי, בו משרד התקשורת מציג עמדה הפוכה לעמדת הרשות לתחרות (שאומצה בידי מועצת הכבלים והלוויין). אדגיש כי כלל הכרעה כזו מקומו רק כאשר שתי העמדות עומדות בכללי המשפט המנהלי.

### 11.2.א. כלל הכרעה בחקיקה - חוק הריכוזיות כדוגמא

ניתן לקבוע כללי הכרעה בחקיקה, או בחקיקת משנה, ואפילו בהנחיות היועמ"ש כפי שנקבע לעניין התקנות. חוק הריכוזיות מהווה דוגמא לחלוקה בין המאסדר הספציפי לרשות התחרות כשמדובר בהקצאת זכויות.

חוק הריכוזיות דן, בין השאר ביחס בין מאסדר ספציפי לממונה על התחרות. חוק הריכוזיות מטיל על גופים מאסדרים (מאסדרים ספציפיים) לפעול בהקצאת זכויות לקידום התחרות (ראו דברי ההסבר לחוק הריכוזיות שנחקק בעקבות המלצות הוועדה להגברת התחרותיות במשק (להלן: ועדת הריכוזיות. דו"ח ועדת הריכוזיות ניתן לצפייה ב: [http://mof.gov.il/Committees/CompetitivenessCommittee/FinalReport\\_FinalRec.pdf](http://mof.gov.il/Committees/CompetitivenessCommittee/FinalReport_FinalRec.pdf)). בסעיף 2.1.1 להמלצות, עמ' 15 לדו"ח הסופי) נקבע כי "הגופים האחראים על הליכי הקצאת זכויות ונכסים של המדינה או מי מטעמה יחויבו לשקול שיקולי תחרות במסגרת ההקצאה. לשם כך תוטל על גופים אלה החובה להתייעץ עם הממונה על ההגבלים העסקיים...". בהערת שוליים בסוף המלצה זו נאמר כי: "הממונה על הגבלים עסקיים רשאי לפנות לגורם המקצה ולהציע את





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 חוות דעתו גם אם לא קיבל פנייה מהגוף המקצה אם הוא סבור כי מתקיימים התנאים לחובת  
2 היועצות בו". כלומר העיקרון הוא היועצות בממונה על התחרות שעל המאסדר הספציפי ליזום.  
3 אולם, אם המאסדר הספציפי אינו יוזם זאת, רשאית רשות התחרות להביע את עמדתה.

4  
5 בדברי ההסבר לפרק ב' (העוסק בהקצאת זכויות) להצעת חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות,  
6 התשע"ב-2012, 1084 (ה"ח 706 מיום 9.7.12, להלן: הצעת חוק הריכוזיות), נאמר (בעמ' 1085):

7 "מטרתו של פרק ב' המוצע להקנות למאסדרים (רגולטורים), סמכות לשקול את  
8 השיקולים הרלוונטיים - שיקולי תחרותיות ענפית ושיקולי ריכוזיות כלל-משקית-  
9 בעת הקצאת זכויות, כדי להבטיח את הגברת התחרותיות הענפית ואת ביזור  
10 הריכוזיות הכלל-משקית במסגרת הליכים של הקצאת נכסים על ידי המדינה,  
11 ולהסדיר את השימוש בסמכות זו. לצד זה מוצע, להסמיך את הממונה על צמצום  
12 הריכוזיות הכלל-משקית, שימונה לפי הוראות החוק המוצע (להלן - הממונה על  
13 צמצום הריכוזיות), ואת הממונה על הגבלים עסקיים ליתן למאסדרים חוות דעת,  
14 בתחום צמצום הריכוזיות הכלל-משקית ובתחום התחרות הענפית, בהתאמה".

15  
16 בעניין שיקולים ענפיים הפנתה הצעת החוק לממונה על ההגבלים העסקיים. פרק ב' לחוק  
17 הריכוזיות, כהצעה שקדמה לו, עוסק, כפי שמלמדת הכותרת: **"שקילת שיקולי ריכוזיות כלל**  
18 **משקית ושיקולי תחרותיות ענפית בהקצאת זכויות"**. סימן ג' לפרק זה עוסק בשיקולי תחרות ענפית  
19 בהקצאת זכויות וקובע חובה לשקול שיקולי תחרות ענפית בכל מקרה של הקצאת זכות. סעיפים  
20 10 ו-11 לחוק קובעים:

21 "10. בסימן זה - "זכות" - כהגדרתה בסעיף 2, לרבות רישיון הנדרש לתחום פעילות  
22 שאינו תחום תשתית חיונית, ובלבד שמחמת טבעה של הזכות, ערכה הכלכלי או הזין  
23 החל עליה, מספר הפועלים בענף שלגביו היא מוקצית מוגבל; "רשימת הזכויות" -  
24 רשימת הזכויות שפרסם הממונה על הגבלים עסקיים לפי סעיף 13. 11. (א) בהקצאת  
25 זכות ובקביעת התנאים באותה זכות יביא המאסדר בחשבון, נוסף על כל שיקול אחר  
26 שעליו לשקול לפי דין לעניין ההקצאה, שיקולים של קידום התחרותיות הענפית. (ב)  
27 היתה הזכות האמורה בסעיף קטן (א) כלולה ברשימת הזכויות, לא יקצה מאסדר את  
28 הזכות האמורה אלא לאחר ששקל שיקולים של קידום התחרותיות הענפית כאמור  
29 בסעיף קטן (א), בהתייעצות עם הממונה על הגבלים עסקיים"  
30 (הדגשות הוספו - מ' א' ג').

31  
32 כוונת המחוקק כפי שעולה מהמלצות וועדת הריכוזיות ומדברי ההסבר להצעת החוק הייתה כי כל  
33 מאסדר ישקול שיקולי תחרות ענפית בתחומו הוא וכאשר מדובר בזכות בעלת חשיבות מיוחדת  
34 (מבחינת שוויה הכלכלי או מבחינות אחרות)- תיעשה פניה לממונה על התחרות. היינו, המחוקק  
35 היה ער לכך שיהיו מצבים בהם לא די יהיה בשיקולי תחרותיות ענפית שישקול המאסדר הספציפי  
36 וקבע שבמצבים מסוימים יהיה צורך לפנות לממונה על התחרות.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

אולם, חוק הריכוזיות אינו חל באופן ישיר בענייננו. לטענת המבקשים, חוק הריכוזיות מחייב חובת התייעצות במקרים נתונים, וככל שמקרים אלו אינם מתקיימים, הרי שלא קמה למאסדר הספציפי חובת התייעצות ברשות לתחרות. אני סבורה כי במקרה בו נקבע הדבר במפורש, פשיטא שחלה חובת היוועצות. אולם, לטעמי, חלה חובת היוועצות, בין השאר בממונה על התחרות, לא כקביעה גורפת אלא במקרים מסוימים, ובנסיבות מסוימות, מכוח כללי המשפט המנהלי.

### 11.2 ב. חובת היוועצות בממונה על התחרות כחלק מכללי המשפט המנהלי

אני סבורה כי בהעדר חקיקה, יש לדון בשאלה האם היה על המאסדר הספציפי, במקרה זה משרד התקשורת, לפנות לממונה על התחרות, במסגרת כללי המשפט המנהלי.

בבג"ץ 7852/98 ערוצי זהב ושות' נ' שרת התקשורת, פ"ד נג(5) 423, 431 (1999), להלן: **עניין ערוצי זהב**), ערערו חברות הכבלים על החלטת מועצת הכבלים והלוויין לאסור עליהן לעבור ולשדר בשיטה הדיגיטאלית עד אשר יגיע מספר המנויים של חברת הלוויין YES (אז חברה חדשה בשוק השידורים) לרף מסוים. הממונה על הגבלים עסקיים התנגד להגבלה וטען כי די במניעת שידור בשיטה האמורה לתקופה מוגבלת או עד שתגיע YES למספר מנויים קטן יותר כדי להבטיח קיומה של תחרות בשוק. בית המשפט העליון קבע כי החלטת המועצה, גם אם מגבילה את העותרות במידה שעולה על זו שעליה המליץ הממונה על הגבלים עסקיים, אינה חורגת ממתחם הסבירות ואין יסוד להתערב בה (פסקאות 12-31 לפסק דינה של כב' השופטת דליה דורנר).

עם זאת, בית המשפט העליון עמד על כללי המשפט המנהלי וציין כי לפני המועצה עמדו הן חו"ד הממונה לעניין זה, הן חוות דעת אחרות שתמכו בפרק הזמן עליו החליטה המועצה (בית המשפט לא ציין מטעם מי היו חוות הדעת האחרות). בית המשפט קבע כי לרשות הממונה נתון שיקול דעת רחב יחסית, וכאשר יש עמדות מומחים לכאן ולכאן, הנטייה תהיה לא להתערב בהחלטת הרשות, ועל כן ראו בהחלטת המועצה כהחלטה העומדת במבחן הסבירות (לביקורת על פסק הדין בהקשר זה ראו: **שיצר-גל, תפקידו של חוק ההגבלים העסקיים**, שם, בעמ' 60).

אני סבורה כי במקרים בהם אין חובת התייעצות בחוק עם הממונה על התחרות, יש לשקול, האם קמה חובה כזו במקרה נתון, ומה כלל ההכרעה כאשר יש חילוקי דעות, על פי כללי המשפט המנהלי ובהתאם לנסיבות. יהיו מקרים, כמו **בעניין ערוצי זהב**, בהם הייתה היוועצות עם הממונה על התחרות ועם גורמים נוספים, ונקבע כי בחירה בין החלופות היא במסגרת מתחם שיקול הדעת של הרשות. יהיו מקרים אחרים בהם אי היוועצות ברשות, או פעולה בניגוד לחוות דעתה, יהוו פגם במעשה או בהחלטה המנהלית.





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

כפי שציינה שיצר-גל, תפקידו של חוק ההגבלים העסקיים (שם, בעמ' 60-61):

"עד לתיקון החוק בנושא זה, נראה לנו כי ניתן לעגן מודל זה, ולו חלקית, בכללי המשפט המינהלי הקיימים. בהתאם לכללים אלו, במקרים שבהם חוות דעתו של גוף מסוים איננה רק מועילה כי אם הכרחית להכנת תשתית ראויה לצורך קבלת ההחלטה, חלה על הרשות השלטונית חובת היוועצות. הצעה זו עולה בקנה אחד עם המקובל בעולם הרחב. בארצות הברית למשל חלק מהחוקים המבטיחים כי רשות התחרות תיודע בשלבים הראשונים של תהליך ההסדרה, וכי תינתן לה הזדמנות נאותה להשמיע את חוות דעתה בפני הרגולטור... אין להרחיק לכת ולהכפיף את הרשות הספציפית לחוות דעתה של רשות התחרות, כיוון שלעתים תפקיד ההסדרה הוא דווקא לאזן בין שיקולי תחרות לשיקולים אחרים. גם אין לחייב התערבות רשות התחרות בכל הליך הסדרתי אשר עלול לפגוע בתחרות, כיוון שהדבר יגרום לכפל הוצאות פיקוח, אולם יש לאמץ את חובת ההיוועצות בכל החלטה בעלת השפעה מהותית על התחרות..."

פתרון דומה למקרים אלה, היינו בחינת ההחלטה במשקפי המשפט המנהלי, מציעים אף **טל ועברי עומר, רגולצית התקשורת** (שם, בעמ' 63).

פתרון זה, של החלת המשפט המנהלי, ובחינת החלטת הרגולטור הספציפי בהקשר של היוועצות ברגולטור האחראי על התחרות, נדונה בעמ' 3154/13 **לאופר תעופה-גהי בע"מ נ' אירוהנדלינג בע"מ** (פורסם בנבו, 2013). באותו מקרה הורה בית המשפט המחוזי על ביטול מכרז שפירסמה רשות שדות התעופה לליווי נוסעים, שכן מצג הנתונים והתשתית העובדתית שהונחה לפני וועדת המכרזים נמצאו לוקים בחסר רב וזאת משלא הוצגו לוועדה ולא נשקלו בסיסי הנתונים ומסקנות חוות הדעת הכלכלית.

במסגרת פסק הדין שניתן בערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי עמד בית המשפט העליון על כך שלאחר שניתן פסק הדין פנתה רשות ההגבלים העסקיים אל רשות שדות התעופה בנושא התחרות, כנראה בעקבות פניה אליה מצד אירוהנדלינג (המשיבה), וביקשה כי ועדת המכרזים תשקול מחדש את מספר ההרשאות, שכן צמצומן לשתיים הוא, כך נטען, גורם העלול לפגוע בתחרות; החל שיג ושיח נוסף בין שתי הרשויות, שנשתיים במכתב מרשות ההגבלים העסקיים מיום 23.7.13, אשר נענה על-ידי רשות שדות התעופה באותו יום. לבית המשפט הוגשו המכתבים האמורים כראיה חדשה. בית המשפט העליון קבע בפסק דינו, כי העובדה שנושא התחרות לא עמד בפני מפרסמת המכרז, יש בה משום פגם בפעולת הוועדה:

"אין חולק, כי פנייתה ועמדתה של רשות ההגבלים העסקיים לא היו לפני ועדת המכרזים בדיון ביום 11.3.13, לאחר פניית רשות ההגבלים העסקיים, אף כי נושא התחרות היה כשלעצמו בפני רשות שדות התעופה. בעניינו יש בכך פגם. רשות ההגבלים העסקיים היא גוף סטטוטורי המופקד על התחרות, ועל כן פניה הימנה ושיח ושיג עמה היו אמורים להיות מובאים בפני ועדת המכרזים, אף ששיקול הדעת הוא שלה. ועדת המכרזים דנה ביום 11.3.13 בהערות בית המשפט קמא מיום 6.3.13,



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

אך לא נדרשה לנושא פנייתה של רשות ההגבלים העסקיים (אף כי זו הוזכרה בטיעוני בא כוח אירוהנדלינג בפני בית המשפט ב-6.3.13). התוצאה היא איפוא שהנושא החשוב של פניית רשות ההגבלים העסקיים לא נדון כדבעי בפני ועדת המכרזים, אם כי היה ידוע לבכירי הרשות. אין בידינו כמובן לדעת מה היתה ועדת המכרזים מחליטה באותו שלב, שבו טרם נפתחו ההצעות במכרז.

במקרה שלפני עמדות המאסדרים הספציפיים סותרות. עמדת מועצת הכבלים והלווין, הקובעת, כאמור, כי אפליה במחיר לטובת לקוחות חדשים ולקוחות מתמקחים מגבירה את התחרות ומועילה לצרכנים כולם, ולכן ניתן לראות בהם "סוג לקוחות" ואין לראות באפליית המחירים לטובתם אפליה אסורה. עמדה זו, נתמכת בעמדת רשות התחרות, ותומכת בעמדת המשיבות לפיה מדובר בתרומה לתחרות, ואין מדובר בהפרת תנאי הרישיון. מנגד, משרד התקשורת, שלא נועץ ברשות לתחרות, או באחרים, סבור כי הפליית המחירים בה נקטו המשיבות לגבי לקוחות חדשים ולקוחות מתמקחים מהווים הפרה של תנאי הרישיון.

### 12. בחינת עמדות המאסדרים במקרה שלפני בכללי המשפט המנהלי

פרשנות המאסדר את הוראות הרישיון (ובענייננו את הפרשנות שנתנו לרישיונות משרד התקשורת מזה, והמועצה לשידורי כבלים ולווין מזה), תיבחן בראי המשפט המנהלי. טרם אבחן את הפרשנויות השונות, אעמוד על ההתפתחות בפסיקה לגבי המשקל שיש לתת לעמדת המאסדר (בהנחה שהיא עומדת בכללי המשפט המנהלי).

#### 12.1 מעמדה של עמדת המאסדר בהליך המשפטי

עמדת המאסדר בעניין פרשנות הנחיותיו, או רישיון שנתן, היא בעלת משקל כמובן, אך אינה מחייבת ככזו את בית המשפט (על "חלוקת התפקידים" בין המאסדר לבית המשפט בכלל, ובתובענות ייצוגיות בפרט ראו: ראו: איילת הוכמן, אלון חספר ודן לרגמן, "מדברים על רגולציה: על המושג 'רגולציה' ומקומו במשפט הישראלי", בתוך: מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות, 47, 79-82, (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016)).

ההלכה היא כי הסמכות לפירוש חקיקה היא לבית המשפט (עע"מ 2503/13 אליהו זהר נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 04.02.2015)). וכך נאמר לעניין זה בבג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה (4) 118 (1981), פסקה 2 לפסק דינו של כב' השופט, ימים כב' הנשיא מאיר שמגר):

"כל אחת מרשויות השלטון נדרשת, לעתים מזומנות, לפרשנותו של דבר חוק, כי הפעלתו של חוק חרות כרוכה תדירות - ולהלכה תמיד - בקביעת עמדה כלפי מהותו ותוכנו, אולם ההכרעה הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק, כתוקפו בכל עת נתונה, היא בידי בית המשפט."



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

והנשיא אהרן ברק הוסיף לעניין זה בבג"ץ 73/85 סיעת כך נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 152 (1985), פסקה 11 לפסק דינו):

"במשטר דמוקרטי, המבוסס על הפרדת רשויות, הסמכות לפרש את כל דברי החקיקה - החל בחוקי-יסוד וכלה בתקנות ובצווים - היא סמכותו של בית המשפט... אכן, כל אורגן ממלכתי - ולענין זה גם כל פרט ופרט עוסק בפירוש החוק כדי לכוון את מהלכיו... אך במקום ששאלת הפירוש מתעוררת בבית המשפט, כוח הפירוש נתון בידי, ופירושו שלו הוא המחייב את הצדדים, ואם הפירוש בא מפני בית המשפט העליון, הריהו מחייב את כלל הציבור (מכוח עקרון התקדים המחייב: סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה)".

וכן ברע"א 2453/13 אלעזר עמר נ' עיריית חדרה (פורסם בנבו, 2015, פסקה 35 לפסק דינו של כב' הנשיא אשר גרוניס):

"עמדת הרשות המינהלית בדבר פרשנות הדין היא בעלת משקל בהליך הפרשני. אולם, יש לזכור כי הפירוש שנתנה הרשות המינהלית לדין אינו מחייב את בית המשפט, שלו, כאמור, המילה האחרונה בסוגיות פרשניות"

על חשיבותה הפרשנית של עמדת הגורם המאסדר עמד בית משפט ברע"א 8014/09 דקלה חברה לביטוח בע"מ נ' חיים פרידמן (פורסם בנבו, 2011, להלן: עניין דקלה). באותו עניין טען התובע הייצוגי, שהיה מבוטח אצל הנתבעות – חברות ביטוח (המבקשות בבקשת רשות הערעור), כי הנתבעות חייבו אותו חיוב יתר במסגרת תשלומי פוליסת הביטוח ששילם להן. בבית המשפט המחוזי אושרה הבקשה לניהול תובענה ייצוגית. בית המשפט העליון קיבל את בקשת הערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, ודחה את התובענה הייצוגית מן הטעם כי המדובר בנסיבות בהן דרגת הפיקוח של הרגולטור על חברות הביטוח הייתה הדוקה ואינטנסיבית- הגבייה נעשתה תחת פיקוח הדוק של הגורם המאסדר (המפקח על הביטוח), חברות הביטוח פעלו תחת הנחיית המפקח על הביטוח ובהסכמתו, והמפקח אף ביצע שינויים מסוימים בפוליסה לטובתם של המבוטחים. בנסיבות של פיקוח הדוק שכזה, כך נקבע, אין לקבל את התובענה הייצוגית נגד המבקשות. וכך נפסק (פסקה 5 לפסק הדין):

"מן האמור לעיל עולה, כי הפוליסה נשוא הבקשה שלפנינו זכתה לאישור של המפקח, ללא שנקבע בה שחרור מתשלום פרמיה בתקופת תשלום תגמולי הביטוח. במצב דברים זה, מקובלת עלינו טענת המבקשות לפיה לא היה מקום לאשר את התביעה הייצוגית. אכן, התביעה הייצוגית הינה מכשיר חשוב לשיפור האכיפה האזרחית בתחומים שונים, ביניהם תחום הביטוח. ואולם, בענייננו פעלו המבקשות תחת הנחיית המפקח ובהסכמתו. המפקח הוא אשר אישר ביצוע שינויים מסוימים בפוליסה על מנת למנוע את התוצאה הקשה של אי-חידושה על ידי המבקשות. ברור מאלי, שהמבוטחים היו נפגעים בצורה קשה אלמלא חידוש הפוליסה וכאשר המבקשות לא היו חייבות לחדשה. כלומר, המבקשות עיצבו את תנאי הפוליסה תחת פיקוחו ההדוק של הגורם הרגולטורי הרלוונטי וזאת לטובת המבוטחים, כפי שראה אותה המפקח. ... משאלו פני הדברים, הרי שלגישתנו לא היה מקום להכיר בעילת התביעה של המשיב, לא כל שכן להתיר ניהול תביעה ייצוגית בעילה זו נגד המבקשות".



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1  
2 בע"א 7928/12 אי.אר.אמ טכנולוגיות בע"מ נ' פרטנר תקשורת בע"מ, פורסם בנבו, 2015 (להלן: עניין אי.אר.אמ), נדונה, בדומה לעניין שלפניי, פרשנות הוראות רישיון של חברת פרטנר, פלאפון  
3 וסלקום. באותו עניין הוגשה בקשה לבית המשפט המחוזי לאישור תובענה כייצוגית, במסגרתה  
4 נטען כי חברות הסלולר, מפרות את הוראות רישיון שכן הן מחייבות בגין שיחות המתבצעות בחו"ל  
5 לפי יחידות זמן אויר של דקה שלמה במקום ביחידות זמן של שניה אחת, אף אם השימוש שעשה  
6 המנוי בפועל הוא קצר מדקה. בית המשפט המחוזי (כב' השופטת אסתר שטמר), קבע בפסק דינו כי  
7 אין אפשרות סבירה שהשאלות המשפטיות שעלו בתובענה תוכרענה לטובת הקבוצה, וזאת בין  
8 היתר בהתבסס על כוונת הגורם המאסדר, משרד התקשורת, אשר אישר למשיבות במספר  
9 הזדמנויות לאורך השנים להמשיך לחייב את מנוייה על-פי זמן חיוב של דקה שלמה. מסקנת בית  
10 המשפט הייתה אפוא כי פרקטיקת גבייה זו של המשיבות נעשתה בידיעתו של משרד התקשורת,  
11 ומתיישבת עם מדיניות משרד התקשורת לאורך השנים. לפיכך דחה בית המשפט את הבקשה  
12 לאישור התובענה כייצוגית. ערעור שהוגש לבית המשפט העליון נדחה. נפסק כי בדין נקבע בבית  
13 המשפט המחוזי כי המבקשות רשאיות לחייב שירותים הניתנים בחו"ל ביחידות זמן אויר של דקה  
14 שלמה, וכי עקב כך, אין אפשרות סבירה שהשאלות הנדונות תוכרענה לטובת הקבוצה.  
15  
16 בית המשפט העליון איזכר את הילכת דקלה ובהסתמך על האמור בה בעניין משקל עמדת הגורם  
17 המאסדר קבע את הדברים הבאים (פסקאות 28-29 לפסק הדין):  
18

19  
20 "על חשיבותה הפרשנית של עמדת הגורם המאסדר עמד בית משפט זה ברע"א  
21 8014/09 דקלה חברה לביטוח בע"מ נ' חיים פרידמן (21.4.2011)...[בית המשפט  
22 קבע] כי הואיל והגבייה נעשתה תחת פיקוח הדוק של הגורם המאסדר – הוא המפקח  
23 על הביטוח – הרי שאין לקבל את התובענה הייצוגית נגד המבקשות. בדומה, במקרה  
24 שלפנינו, הגורם הרגולטורי הרלבנטי הוא משרד התקשורת, אשר אישר למשיבות  
25 לאורך השנים להמשיך בחיוב בו הן נוהגות בשיחות המתבצעות בחו"ל. המשיבות  
26 הציגו בכתביהן התכתבויות רבות עם משרד התקשורת, קובע הרישיון, המעידות על  
27 עמדתו המפורשת כי הן רשאיות לחייב בגין שירותי נדידה על-פי יחידות זמן אויר בת  
28 דקה שלמה. לעמדתו של משרד התקשורת מצאתי לייחס משקל בשאלת הפרשנות  
29 של הוראות הרישיון, ובפרט מכיוון שלמשרד התקשורת ישנה הסמכות לבצע  
30 תיקונים בהוראות אלה, וזו לא נוצלה לשם שינוי הדין המצוי. נוכח הפרשנות העולה  
31 מקריאה מלאה של הוראות הרישיונות, ותוך התחשבות בעמדת המאסדר העקבית  
32 לאורך השנים, אני סבור כי בית המשפט המחוזי קבע כדין כי המשיבות רשאיות  
33 לחייב שירותים הניתנים בחו"ל על-פי יחידות זמן בנות דקה אחת".  
34

35 אף ברע"א 9778/16 שולמית זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 2018, להלן: עניין זליגמן) עסק בית המשפט העליון בשאלה מהו המשקל והמעמד שיש לייחס לעמדת עמדת  
36 המאסדר (הרגולטור) בפרשנות הנחיותיו (באותו מקרה נדונה פרשנות המפקח על הביטוח את  
37 החוזרים שהוציא). שאלה זו התעוררה במסגרת בקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה כנגד חמש  
38



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 חברות ביטוח, ובמרכזה סוגיית חוקיות תשלום שגובות חברות הביטוח המשיבות, שגבייתו  
2 הוסדרה בשני חוזרים שהוציא המפקח על הביטוח. לנוכח מחלוקת הצדדים בדבר הפרשנות הראויה  
3 של החוזרים, אשר יש בה להשליך על חוקיות גביית התשלום, ובשל עמימות נורמטיבית, הורה בית  
4 המשפט המחוזי למפקח על הביטוח, להגיש עמדתו לגבי הפרשנות הראויה. עמדת המפקח תמכה  
5 בעמדת חברת הביטוח ואולם ביהמ"ש המחוזי קבע כי עמדתו של המפקח אינה בהכרח חד-משמעית  
6 וכי מכל מקום, על אף שיש לתת לעמדת המפקח משקל, הרי שמי שאמון בסופו של דבר על פרשנות  
7 החוזרים הוא בית המשפט. קביעה זו הובילה את בית המשפט המחוזי לאשר את התובענה  
8 הייצוגית.

9  
10 בית המשפט העליון מפי כב' השופטת יעל וילנר, אליה הצטרפו כב' השופטים דוד מינץ ואורי שוהם,  
11 קיבל את הערעור וקבע כי ככלל, קיימת תמימות דעים לפיה ניתן לייחס משקל מסוים לעמדתה  
12 הפרשנית של הרשות המינהלית המיישמת את הוראות החוק, ואולם הדעות חלוקות לגבי כובד  
13 המשקל שיש לייחס לעמדה זו, כאשר יש לבחון כל מקרה לנסיבותיו (פסקה 33). ככלל, כך נקבע,  
14 מקום בו קיימת עמימות פרשנית, ולשון דבר החקיקה מאפשרת פרשנויות שונות, עשויה הפרשנות  
15 של הרשות המינהלית- ככל שהיא אינה סותרת את לשון ההוראה- להכריע את הכף. כמו כן, ככל  
16 שהסדר הנורמטיבי עוסק בתחום הדורש מומחיות מקצועית והיכרות קרובה ומעמיקה עם יישום  
17 ההוראות בשטח, ייטה בית המשפט לאמץ את פרשנותה של הרשות המינהלית (שם, בפסקה 34).

18  
19 לאחר שעמד על השיקולים הרלוונטיים והייחודיים שיש לשקול בעת קביעת מעמדה של עמדת  
20 המאסדר בפרשנות הנחיותיו (פסקה 37), ובין היתר היותו בעל מומחיות מיוחדת בתחומו, ניסיון  
21 רב בתחום וידע מקצועי מובהק, נימנה אף שיקול התומך בעמדה ביקורתית ביחס לפרשנותו של  
22 המאסדר: בית המשפט הוא האמון על פרשנות של הסדרים נורמטיביים ומשום כך, אין מקום  
23 "להאצלה" מוחלטת של מלאכת הפרשנות לגורם האמון על ניסוח ההנחיות הנדונות, וברור כי אין  
24 לקבל את עמדתו הפרשנית של המאסדר בבחינת "כזה ראה וקדש"; על בית המשפט לבחון את  
25 עמדתו הפרשנית של המאסדר ולוודא כי היא מצויה בגדרי מתחם הסבירות (פסקה 38):

26 "חוק תובענות ייצוגיות מאפשר הגשת תובענה ייצוגית במגוון תחומים הנתונים  
27 להסדרה מדינתית. משכך, ניתן לראות במכשיר התובענה הייצוגית כלי ביקורתי  
28 ופיקוחי מקום בו התגלה כשל הסדרתי. אמנם, אין המדובר בפיקוח ישיר על  
29 המאסדר, שכן סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע באופן מפורש כי לא ניתן  
30 להגיש תובענה ייצוגית נגד המאסדר עצמו בטענה לכשל בפיקוח.....תפקידו  
31 הביקורתי של בית המשפט כלפי המאסדר מצדיק עמדה מסויגת יותר ופיקוחית  
32 ביחס לאימוץ עמדתו הפרשנית".



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

ובהמשך (פסקה 39):

"סקירת השיקולים הרלוונטיים לקביעת המשקל שיש ליתן לעמדת המאסדר בפרשנות הנחיותיו מובילה למסקנה כי לאימוץ עמדתו הפרשנית של המאסדר הצדקות משמעותיות ויתרונות ממשיים. לצד זאת, אל לו לבית המשפט לקבל את עמדת המאסדר באופן אוטומטי, וללא כל מנגנון ביקורתי".

אחר דברים אלה מגיע בית המשפט העליון למסקנה (שם בפסקה 40) כי:

"מקום בו התבקשה והתקבלה עמדתו של המאסדר בהליך אזרחי בנוגע לפרשנות שיש ליתן להנחיותיו, בשלב ראשון על בית המשפט לבחון האם עמדה זו מתיישבת עם לשון ההנחיות והאם הפרשנות שהציע המאסדר היא סבירה. זאת, בשים לב לכך שמתחם הסבירות ביחס לפעולותיו של המאסדר בתחום מומחיותו הוא, כאמור, רחב ביותר. אם מצא בית המשפט כי עמדתו של המאסדר סבירה ומתיישבת עם לשון הנחיותיו, ברירת המחדל תהיה לאמץ עמדה זו. סטייה מברירת המחדל האמורה, תתאפשר מקום בו ימצא בית המשפט כי קיימים טעמים כבדי משקל לדחיית עמדת המאסדר ואימוץ פרשנות חלופית תחתיה. כך למשל, מקום בו ישתכנע בית המשפט כי עמדת המאסדר נובעת משיקולים שאינם ענייניים או נגועה בניגוד עניינים, יהווה הדבר טעם כבד משקל לדחיית עמדת המאסדר. הצעה זו מאזנת, לטעמי, בין היתרונות המשמעותיים המגולמים באימוץ עמדת המאסדר ביחס לפרשנות הנחיותיו לבין תפקידיו הפרשניים והביקורתיים של בית המשפט".

ראו גם רע"א 7169/17 פלאפון תקשורת בע"מ נ' מירב פירט (פורסם בנבו, 03.02.2019), להלן: עניין פירט, פסקה 10 להחלטתה של כב' השופטת ענת ברון; עניין אי. אר. אר. פסקאות 27-28; ת"צ (מחוזי מרכז) 19619-06-15 אילה דנינו נ' 013 נטוויז'ן בע"מ (פס' 36-37, פורסם בנבו, 17.07.2018), להלן: עניין דנינו).

בעניין זליגמן קבע כב' המשנה לנשיאה, השופט חנן מלצר, כי יתקיים דיון נוסף בשאלה זו, בהרכב מורחב של שבעה שופטים, אך זה טרם התקיים (דנ"א 4960/18 שולמית זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח, החלטה מיום 2.7.19).

לעניין התחשבות בעמדת המאסדר נקבע עוד נקבע כי ככלל לא יתערב בית המשפט בשיקול דעתו של הרגולטור ככלל, ובעניינים הדורשים רישיון בפרט, ואולם על החלטת הרגולטור לעמוד בכלל מבחני המשפט המנהלי, ואם לא כן - יוכל בית המשפט להתערב בה. כך, בהליך שנוהל כנגד שר התקשורת בעניין החברה לתועלת הציבור דחה בית המשפט העליון את עתירת המבקשת כנגד המשיב- שר התקשורת, וקבע כי החלטתו לדרוש מהעותרת להפסיק את שידורי הרדיו שהיא מפעילה - "רדיו כל השלום" - שידורים שנעשו ללא קבלת היתר כדין- הייתה בסמכות ולא חרגה ממתחם הסבירות של שיקול הדעת המינהלי, ואף לא נפל בקבלתה פגם מינהלי אחר.





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 כך נאמרו שם הדברים (בפסקה 18 לפסק דינו של כב' השופט (לימים המשנה לנשיאה, חנן מלצר):

2 "במסגרת העתירה שלפנינו יש, איפוא, לבחון האם ההחלטה המינהלית התקבלה  
3 מתוקף סמכות המוקנית למשיב בחוק, או על פיו, בהליך ראוי והוגן, על בסיס  
4 תשתית ראייתית מספקת, ועל יסוד שיקולים ענייניים – ולא על יסוד שיקולים  
5 זרים, או שרירותיים. בנוסף, יש לבדוק האם ההחלטה המינהלית סבירה, הוגנת  
6 ומידתית, לגופה...כידוע, במסגרת הבחינה האמורה יימנע בית משפט זה, בדרך כלל,  
7 מלהתערב בהחלטות המתקבלות על ידי הרשות המינהלית המוסמכת, אשר בידיה  
8 מכלול הנתונים המקצועיים הרלוונטיים – ולא ישים עצמו בנעליה שלה. בנוסף,  
9 בחינת סבירותה של ההחלטה המינהלית תלויה, כידוע, בגבולותיו של "מתחם  
10 הסבירות". החלטה מינהלית תיחשב כלא-סבירה רק אם היא חורגת, באופן קיצוני,  
11 ממתחם הסבירות...לא מיותר לציין כבר עתה כי בענייננו מדובר בהחלטה של גורם  
12 מפקח (רגולטור) בעניין הנתון תחת השגחתו, אשר דורש מקצועיות, ומעורבים בו  
13 שיקולים של מדיניות ציבורית-כלכלית, ושאלות של "צדק חלוקתי" ביחס למשאב  
14 ציבורי מוגבל. ... בהחלטות מינהליות כגון דא, המתייחסות לעניין הטעון רישיון –  
15 אשר אין לפרט זכות קנויה בו – מתחם שיקול הדעת המינהלי הוא, ככלל, רחב,  
16 וכפועל יוצא מכך "מתחם ההתערבות" השיפוטי בשיקול דעת זה הוא צר ונשמר  
17 למקרים חריגים, שבהם הרגולטור חרג באופן קיצוני מאמות המידה המשפטיות, או  
18 כאשר הפגיעה בפרט, או באינטרס הציבורי הכללי עליו מופקד הרגולטור – הינה  
19 מהותית..."

20  
21 דברים אלו יפים לעניין בחינת פרשנות המאסדרים והכרעה ביניהם.

22  
23 כעת אעבור לבחון את החלטות המאסדרים בכללי המשפט המנהלי, על רקע האמור לעיל לעניין  
24 האסדרה בהקשר שלפניי, והצורך להתייעץ עם הרשות לתחרות. לפניי שתי עמדות מאסדר  
25 ספציפיות, האחת נתמכת בעמדת הרשות לתחרות. הראשונה, של מועצת הכבלים והלוויין, בעניינם  
26 של YES והוט (המבוססת, בין היתר, על היוועצות עם הרשות לתחרות ואחרים), והשנייה של משרד  
27 התקשורת.

28  
29 **12.2. עמדת מועצת הכבלים והלוויין בעניין הוט ו-YES**

30 בחרתי לאמץ את עמדת מועצת הכבלים והלוויין לעניין פרשנות רישיונות YES והוט משלושה  
31 טעמים מרכזיים. בראש ובראשונה, מדובר בעמדה מבוססת שהתקבלה בהתאם לכללי המשפט  
32 המנהלי. שנית, הפסיקה תומכת עקרונית בעמדה זו, ושלישית, המומחים מטעם המשיבות הגיעו  
33 גם הם, באופן עצמאי בחוות דעתם לעמדה דומה. להלן אפרט.

34  
35 מועצת הכבלים והלוויין הגישה לבית המשפט עמדה מפורטת מאוד, מנומקת וסדורה. על פי  
36 עמדתה, לאור חשיבות התחרות בתחום, והעובדה שאבחנת מחירים ללקוחות מתמקחים ולקוחות  
37 חדשים תקדם את התחרות, סברה המועצה כי YES והוט אינן מפרות את תנאי הרישיון במתן  
38 הטבות לאותם לקוחות, וכמו כן אינן מפרות את תנאי הרישיון לעניין הפרסום, כאשר הם אינן  
39 מפרטות הטבות אלו, ומסתפקות בפירוט התעריפים והמסלולים השונים.





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1  
2 המועצה גיבשה את חוות דעתה לאחר שאספה נתונים וגיבשה תשתית עובדתית מוצקה. היא לא  
3 הסתפקה במומחיותה, בניסיונה ובידע שלה, אלא ביקשה וקיבלה את עמדתם של ארגונים צרכניים  
4 (המועצה הישראלית לצרכנות והרשות להגנת הצרכן) ושל רשות ההגבלים העסקיים. היא אף  
5 ביקשה תגובה בכתב של חברות הוט ויס. בנוסף, ניתנה לחברות YES והוט האפשרות להעלות בפני  
6 המועצה טענות בעל פה, ומנכ"לי שתי החברות ויועצים כלכליים מטעמן, כמו גם אנשי צוות נוספים,  
7 הופיעו בפני המועצה ושטחו טענותיהם. בנוסף, בפני המועצה הופיע ד"ר רועי שלם, היועץ הכלכלי  
8 שליווה את המועצה במהלך נשוא העניין, והוא הציג את תשובותיו והתייחסותו לטענות שהועלו,  
9 לרבות מדרג צעדי רגולציה עם מידת התערבות שונה בשוק.

10  
11 עמדתה של המועצה מתייחסת לנושאים שבמחלוקת: מבצעים, שקיפות וחובת פרסום, סוגי מנויים,  
12 תקופת היערכות למדיניות המועצה, ומבצעים קיימים. העמדה מנומקת ומוסברת ביחס לכל אחד  
13 ואחד מהנושאים המופיעים בה.

14  
15 כאמור בעניין **זליגמן**, אם מצא בית המשפט כי עמדתו של המאסדר סבירה ומתיישבת עם לשון  
16 הנחיותיו, ברירת המחדל תהיה לאמץ עמדה זו, כאשר סטייה מברירת המחדל האמורה, תתאפשר  
17 מקום בו ימצא בית המשפט כי קיימים טעמים כבדי משקל לדחיית עמדת המאסדר ואימוץ פרשנות  
18 חלופית תחתיה. חריגים אלה אינם מתקיימים בנדון.

19  
20 שוכנעתי כי עמדת המועצה מצויה בלב לבו של מתחם הסבירות, באשר היא מנומקת, בהירה,  
21 מבוססת על כלל השיקולים הרלוונטיים ונסמכת על חוות דעת כלכליות בתחום. המועצה היא  
22 הגורם המאסדר האחראי על אכיפת רישיונותיהן של הוט ו-YES, מכוח סמכויותיה על פי החוק.  
23 על כן אני מאמצת את עמדה ביחס לטלוויזיה הרב ערוצית – YES והוט, בעניינם ניתנה.

24  
25 **12.3. עמדת משרד התקשורת**

26 עמדת משרד התקשורת היא היחידה התומכת בטענות המבקשים לפיהם המשיבות הפרו את  
27 הוראות הרישיון. אני סבורה כי אין מקום לאמץ את עמדת משרד התקשורת, כיוון שבגיבוש חוות  
28 הדעת נפלו מספר פגמים מרכזיים, כך שמתקיימים החריגים לאימוץ עמדת המאסדר, כפי שנקבעו  
29 בפסיקה, אותם אפרט להלן.

30  
31  
32  
33



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

### 12.3.1 היעדר תשתית עובדתית ראויה

#### א. 12.3.1. גיבוש התשתית העובדתית

בבסיסה של כל החלטת רשות מנהלית צריכה לעמוד תשתית עובדתית נאותה, סדורה ומצוקה, התומכת בהחלטה ומבססת אותה. רבות נכתב על הצורך בתשתית עובדתית הולמת להחלטה המנהלית. על רשות מנהלית המקבלת החלטה לדאוג כי יש לפנייה תשתית עובדתית הולמת (ראו, בין רבים: בג"ץ 297/82 עזרא ברגר נ' שר הפנים פ"ד לו (3) 29 (1983); בג"ץ 802/89 שוקי עלי אחמד נסמאן נ' מפקד כוחות צה"ל בחבל עזה, פ"ד מד (2) 601, 606 (1990); בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב נ' שרת התקשורת, פ"ד מח (5) 412, 439 (1994), להלן: עניין יורונט); בג"ץ 8569/96 הסתדרות הנוער העובד והלומד נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נב (1) 597, 620 (1998); בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג (5) 337, 368 (1999); בג"ץ 3638/99 אמנון בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד (4) 220, 229 (2000); בג"ץ 10907/04 ישראל סולודוך נ' עיריית רחובות, פסקה 31 (פורסם בנבו, 2010); בג"ץ 8467/10 זיק דינור בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, פסקה 12 (פורסם בנבו, 2011); רע"א 8000/07 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (פורסם בנבו, 2012); בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.03.2016); רע"ב 5754/15 מילאד חטיב נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 02.07.2017); בבג"ץ 3884/15 פלונית נ' השר לביטחון פנים (מיום 20.11.17), נדונה שאלה זו בהרחבה. עוד ראו: דפנה ברק-ארז, משפט מינהלי, כרך א' 440 (2010), להלן: ברק-ארז משפט מנהלי א'; יצחק זמיר, הסמכות המינהלית, כרך ב' פרק 34, עמ' 1119 (מהדורה שנייה, 2011); יצחק זמיר, הסמכות המנהלית, כרך ג' – הביקורת השיפוטית – כללי הסף, (2014) ויצחק זמיר, "הזכות המנהלית", משפט וממשל טז, 135, 163 (תשע"ה).

הליך גיבוש התשתית הראייתית (איסוף הנתונים וקביעת העובדות) העומדת בבסיס ההחלטה המנהלית צריך שיעמוד בארבעה מבחנים, כפי שפורטו בעניין יורונט (בפסקה 11): הראשון, מתייחס לאיסוף הנתונים- הרשות המינהלית צריכה לאסוף את הנתונים הנדרשים לקבלת ההחלטה, ועליה לפעול בסבירות, לפי מהות הסמכות, מיהות הרשות ונסיבות המקרה. לעיתים ניתן להסתפק במומחיות הרשות ובידע שצברה, כדי שתשמש תשתית נאותה, ללא צורך באיסוף נתונים נוספים, אולם ייתכנו מקרים מורכבים, שבהם צריכה הרשות לחקור ולדרוש, לאסוף מידע מרשויות מינהליות או מגופים אחרים, ואולי אף לבקש חוות-דעת של מומחים; הכלל השני עניינו השייכות לעניין. באיסוף הנתונים על הרשות המינהלית להבדיל בין נתונים השייכים לעניין לבין נתונים שאינם שייכים לעניין. הנתונים השייכים לעניין הם, ורק הם, השיקולים הענייניים שאותם רשאת הרשות לקחת בחשבון לצורך קביעת העובדות וקבלת ההחלטה. על הרשות לדחות את כלל העובדות והנתונים שאינם נוגעים לעניין, שכן אם תתחשב בהם, יהיה בכך משום פגם שעלול לפסול את ההחלטה; השלישי, עניינו אמינות הנתונים. כדי שהרשות תוכל להתבסס על נתון, צריך שהנתון



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

**ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES**

יעמוד במבחן הראיה המינהלית. זהו מבחן גמיש. הוא מאפשר לרשות המינהלית לקחת בחשבון גם ראיות שאינן קבילות בבית-משפט, כגון עדות שמיעה. המבחן הינו של סבירות; ולפיו הרשות המינהלית רשאית לסמוך על נתונים הנוגעים לעניין שרשות סבירה הייתה סומכת עליהם לצורך קבלת החלטה בעניין; **הרביעי** עניינו בדרישת ראיות מהותיות- התשתית צריכה להיות מוצקה במידה מספקת כדי לתמוך בהחלטה. המבחן, גם כאן, הוא מבחן של סבירות, היינו: תשתית העובדות צריכה להיות כזאת, שרשות סבירה הייתה מסתמכת עליה לצורך קבלת ההחלטה הנדונה. כלל זה מותיר בידי הרשות המינהלית מרחב, שבו היא משתמשת בשיקול הדעת שהוקנה לה כדי להעריך את המשמעות והמשקל של הנתונים אשר לפניו, ומידת הסבירות מחייבת כי המשקל של הנתונים שלפני הרשות יהיה כבד יותר ככל שההחלטה המינהלית מורכבת יותר או פגיעה קשה יותר. כך, פגיעה קשה במיוחד בזכות יסוד צריכה להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים במיוחד.

**טל ועברי-עומר, רגולצית התקשורת**, בפרק "שיקול הדעת הרגולטורי" (עמ' 59), מציגים מודל לבחינת הליך ההפעלה של שיקול הדעת הרגולטורי, אותו הם מכנים "מודל שלושת הרבדים" (עמ' 63). על פי מודל זה ניתן לאפיין את המתווה להפעלת שיקול הדעת הרגולטורי ולסווג את מרכיביו לפי שלושה רבדים: הראשון, דרישות מבניות, האופן שבו המאסדר מפעיל את שיקול דעתו, הכולל תשתית עובדתית ומשפטית, העדר ניגוד עניינים ושיתוף גורמים רלבנטיים בהחלטה. השני, שיקולים מהותיים, אילו שיקולים על המאסדר לקחת בחשבון בגיבוש חוות דעתו, והשלישי, הערכה, ואיזון בין המרכיבים השונים (סבירות ומידתיות ההחלטה). הם מדגישים את חשיבות התשתית העובדתית, ובתוכה את חשיבות קבלת הנתונים לעניין התחרות.

העמדות שהציג משרד התקשורת במסגרת ההליך הינן לאקוניות, חסרות ובלתי ממצות. לא נתברר מהי תשתית הנתונים העובדתיים שבבסיס העמדה, האם אסף המשרד את מלוא הנתונים הנדרשים לקבלת ההחלטה, האם נאסף מידע מרשויות מינהליות או מגופים אחרים, לרבות מהממונה על ההגבלים העסקיים (רשות התחרות), והאם נתבקשה חוות-דעת כלכלית או חוות דעת מומחה אחר.

כך לדוגמא, לא נטען כלל כי המשרד נסמך על חוות דעת כלכלית כלשהיא לצורך גיבוש עמדתו. זאת על אף שבדיון שהתקיים ביום 9.3.17 הודיע עו"ד ואיל ג'יני ממשד התקשורת, כי ייקח עוד כחודשיים לחבר חוות דעת כלכלית, ואז תתגבש עמדת הרגולטור (עמ' 56 לפרוטוקול, שורות 3-5), כלומר אף משרד התקשורת עצמו מודע לכך שיש צורך בחוות דעת כלכלית לצורך גיבוש עמדה מלאה ומקצועית אולם הוא לא טרח לעשות כן טרם הגשת עמדתו לבית המשפט.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

כיוון שממילא לא פורטו הנתונים שנאספו, לא ניתן היה לבחון את סוגיית שייכותם והרלוונטיות שלהם לעניין הנדון ואת אמינות הנתונים. לא נתברר אפוא כי בבסיס פרשנות המשרד עמדו נתונים אמינים ומשכנעים, המבססים תשתית מוצקה במידה מספקת כדי לתמוך בהחלטה.

### 12.3.1. אי היוועצות ברשות לתחרות

אני סבורה כי במקרה שלפניי נפל פגם בהליך בו גיבש משרד התקשורת את עמדתו הפרשנית, בכך שמשרד התקשורת לא נועץ ברשות לתחרות, הן בשל מורכבות הנושא, הן בשל השינויים בשוק שלא נבדקו ע"י משרד התקשורת, ובעיקר לאור העובדה שעמדת הממונה על התחרות (ההגבלים העסקיים בשעתו) בעניין הטלוויזיה הרב ערוצית, הייתה לנגד עיני משרד התקשורת, עמדה המנוגדת לעמדתו, כאשר תנאי הרישיונות דומים עד זהים.

ההתייעצות ככלל היא הליך רצוי במסגרת ההליך המנהלי. ככל שמדובר בנושא מורכב יותר, ההתייעצות עם גורמים המבינים בנושא חשובה יותר. בספרה של דפנה ברק ארז, **לקרוא משפטים בתנד: על צדק תנ"כי ומשפט ישראלי** (2019), מקדישה המחברת פרק להתייעצות בטרם קבלת החלטות (עמ' 97). פרעה קיבל עצה מיוסף (ביזמת יוסף). אחרים פנו להתייעצות. כך, רחבעם בנו של שלמה, כשהתבקש להקל את עול המיסים התייעץ הן עם היועצים הזקנים (שייעצו לו לקבל את הבקשה), הן עם חבריו (שייעצו לו לדחותה). מוזכרת גם התייעצות של ירבעם כשביקש לגבש עמדה באשר להמשך הפולחן בירושלים; התייעצות מפורסמת של אבשלום עם אחיתופל והתייעצות אחשוורוש ביועציו כאשר ושתי לא הופיעה למשתה המלך (שם, בעמ' 175-178). אמנם לא כל העצות הסתברו כעצות טובות, אך התהליך עצמו מוצג כהליך ראוי.

כפי שפרטתי בהרחבה לעיל, במקרה של ביזור רגולטורי, יש חשיבות מיוחדת לתיאום בין הרגולטורים, ובמקרה שלפניי, לקבלת חוות דעת של הממונה על ההגבלים העסקיים בשעתו, או הרשות לתחרות כיום. כאמור לעיל, בענייננו, הרישיונות של חלק מהמשיבות כפי שפורט לעיל, קובעים במפורש כי **"בפעילותו של בעל רישיון לא יהיה מעשה או מחלל העלול לפגוע בתחרות..."**.

אף על פי כן, ועל אף המצג הראשוני שהציג משרד התקשורת ולפיו נבחנו שיקולי תחרות בטרם הוגשה עמדתו (ראו: מכתב משרד התקשורת מיום 31.10.13: **"לאור העובדה שהמשרד סבור כי יש בהפרת ההוראה הנ"ל כדי לפגוע בתחרות, בכוונתו לפקח באופן הדוק על קיומה ולאוכפה בהתאם"**) התברר בהמשך, בעמדת המשרד מיום 22.9.16, כי שיקולי תחרות לא נלקחו בחשבון ולא נבחנו, וכי הלכה למעשה משרד התקשורת כלל אינו יודע מהם השיקולים שנסקלו בעת קביעת הרישיון והאם נועצו ברשות לתחרות בשעתו, זאת לאור הזמן הרב שחלף. עוד נאמר כי עניין התחרות לא נבדק בשנית קודם להגשת עמדת משרד התקשורת, על אף השינויים שחלו בשוק.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1  
2 כך, לשאלת בית המשפט האם בעת שגובשה בשעתו האסדרה הקיימת, וכן האם בעת שגובשו עמדות  
3 משרד התקשורת והיועמ"ש שהוגשו לבית המשפט בהליך זה, נשקלו השלכותיהם האפשריות של  
4 אפליית מחירים ואיסור אפליית מחירים על התחרות, והאם התקבלו בעניינים אלה עמדות מטעם  
5 רשות ההגבלים העסקיים, השיב משרד התקשורת בזו הלשון (ראו עמדתו אשר הוגשה ביום  
6 22.9.16):

7 **"האסדרה הקיימת כיום ברישיונות חברות התקשורת נקבעה לפני לא מעט שנים.**  
8 **חלק מהסעיפים נכתבו עם הוצאת הרישיונות ולכן קיים קושי משמעותי להתחקות**  
9 **אחר העובדות ולברר את השיקולים אשר נשקלו בשעתו. בעת גיבוש העמדות אשר**  
10 **הוגשו לבית המשפט הנכבד, לא בוצעה בחינה מחודשת של הרגולציה והשלכותיה**  
11 **על התחרות כיום".**  
12

13 המשרד עצמו אומר בתגובתו זו, שהוגשה במסגרת ההליך, עת טענות הצדדים היו ידועות, כי אינו  
14 יודע כלל ועיקר מהם השיקולים עליהם בוססו הרישיונות, כי לא ברור אם בשעתו נועצו ברשות  
15 לתחרות, וכי גם כיום לא בוצעה בחינה כלשהיא בטרם מתן העמדה. בעיני הקושי הגדול יותר הוא  
16 בכך שכיום, עם כל השינויים בשוק, ולאחר שהרשות לתחרות מחווה דעתה בנושא זה בדיוק, לא  
17 טרח משרד התקשורת להיוועץ בה.

18  
19 באמור יש בכדי לפגום בעמדת המשרד ביחס לפרשנות הראויה לרישיונות.

20  
21 פגם שני שנפל בעמדת משרד התקשורת הוא העדרה של הנמקה, המאפשרת בחינה של בית המשפט.

### 22 12.3.2. העדר הנמקה

23 על חשיבותה של חובת ההנמקה דובר ונכתב רבות. ראשית, חובת ההנמקה מבקשת לסייע בהבניית  
24 שיקול הדעת המנהלי. ההכרח לתת טעם להחלטות המנהל מעודדת חשיבה מסודרת של הרשות,  
25 מבטיחה אחידות, מונעת החלטות שרירותיות ואפליה ומבטיחה הגינות שלטונית. שנית, היא  
26 מסייעת לנפגע מן ההחלטה המנהלית בהתמודדותו עמה, בשני היבטים עיקריים: היא מגבירה את  
27 אמונו של האזרח ברשות ובהליך שהוביל להחלטה בעניינו ובכך משמרת את תחושת הצדק בנוגע  
28 להליך המנהלי, ולעיתים אף משכנעת בצדקתה. בנוסף היא תורמת למימוש זכות הטיעון של האזרח  
29 (אף היא זכות בסיסית של הפרט), ובכך ממקסמת את יכולתו של האזרח לתקוף את ההחלטה ככל  
30 שירצה בכך. לצורך מימושה של זכות הטיעון מוטלת על הרשות חובה להציג בפני הפרט את נימוקי  
31 ההחלטה, שכן בהעדרם של אלו לא ניתן לממש את הזכות ואין האזרח יכול לבחון את ההחלטה  
32 המינהלית, תקינותה וסבירותה שכן לא ידוע לו על בסיס מה ניתנה, ומכאן שהוא גם אינו יודע האם  
33 קיימת לו עילה בדין לפנות לבית המשפט לצורך קבלת סעד. שלישית, חובת ההנמקה מאפשרת  
34



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

ביקורת עצמית, פנימית וחיצונית על ההחלטה ומחייבת את הרשות עצמה לבחון את השיקולים שבבסיס החלטה (יואב דותן, "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים", **מחקרי משפט**, כט' 2, תשס"ב-תשס"ג). יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת דפנה ברק ארז בעמ"מ 823/12 **תמר קליסה נ' יצחק שמעון** (פורסם בנבו, 2013, בפסקה 28 לפסק דינה):

"על הרשות המינהלית לנמק את החלטותיה באופן סדור שאינו משתמע לשני פנים. חשיבותה של בהירות ההנמקה היא ברורה. הנמקה בהירה ומסודרת מסייעת לרשות לקבל החלטה רציונאלית ולא שרירותית. הנמקה כזו מאפשרת להבין את משמעות ההחלטה ואת השלכותיה התקדימיות לגבי מקרים אחרים. כמו כן, היא מאפשרת לתקוף את ההחלטה תוך התייחסות מושכלת לטעמים העומדים בבסיסה. הנמקה ראויה אף מבטאת יחס מכבד לפרט שההחלטה עוסקת בו, מפחיתה את החשש שההחלטה התקבלה משיקולים לא ענייניים, מחזקת את האמון שרווח האזרח לרשות ותומכת גם במראית פני הצדק ... בענייננו גם סביר להניח כי הנמקה סדורה וברורה הייתה מבהירה לצדדים את השיקולים שעמדו בבסיס ההחלטה ומונעת תחושות של קיפוח, שרירותיות ואי צדק ..... חשיבות הנודעת להנמקה מסודרת וקוהרנטית, אשר יכולה לחסוך בעיות רבות בהמשך".

העמדה שהביע משרד התקשורת ביחס לסוגייה שעל הפרק (ביום 31.10.13, ביום 13.1.14 וביום 30.4.15), הנתמכת בעמדת היועמ"ש, הינה לאקונית ביותר, אינה כוללת כל הנמקה לנאמר בה, אין בה הפנייה למקורות מקצועיים, ולא מוסבר בה כלל מדוע סבור המשרד כי הבחנה בין מנויים חדשים לקיימים מהווה אפליה והכיצד ובאיזה אופן יש בכך כדי לפגוע בתחרות.

**טל ועברי-עומר, רגולצית התקשורת**, עומדים על השיקולים שעל המאסדר לקחת בחשבון בגיבוש החלטות בתחום התקשורת. שיקולים הנגזרים מהטעמים והתכליות לרגולציה. לדבריהם, בשוק התקשורת על המאסדר לקחת בחשבון את השיקולים הבאים: **האינטרס הציבורי** - הפעילות הרגולטורית צריכה לשרת את טובת הציבור; **תיקון כשל שוק** - הרגולטור צריך לבחון אם מתקיים בענף התקשורת מצב שבו תכלית ראויה, כלכלית או אחרת, לא תושג בפעילות חופשית של השחקנים בשוק, ורק במקרה כזה – להתערב; **הסדרה ושוק חופשי** - קיומם של שוק חופשי ותחרות אינם מהווים טעם להימנעות מהתערבות רגולטורית. דווקא בנסיבות אלה, ובפרט כשיש בשוק שחקן דומיננטי, עשויה להידרש הסדרה כדי להבטיח את הרווחה של כלל האוכלוסייה; **קידום התחרות** - לדבריהם, זהו שיקול מרכזי בקבלת החלטות על ידי הרגולטור. שיקולי תחרות באים לידי ביטוי הן בשלב של פתיחת שוק לתחרות ויצירת התנאים לכניסתם של מפעילים חדשים, והן בשלב התבססותה של התחרות ומניעת הפגיעה בתחרות מצד מפעיל דומיננטי; **האינטרס הציבורי** - על הרגולטור לעמוד על משמר צורכיהם וזכויותיהם של ציבור הצרכנים ולשקול כיצד אפשר להבטיח שלקוחותיהם של מפעילי התקשורת יקבלו מגוון של שירותי תקשורת איכותיים במחירים ובתנאים הוגנים; **צדק חברתי** - לצדם של שיקולי יעילות כלכלית הרגולטור נדרש לשקול גם שיקולים של צדק חלוקתי וחברתי, בעיקר כשהחלטותיו כרוכות בחלוקת משאבים האמורים





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 לשרת באופן מיטבי את כלל הציבור וכן שיקולים הכרוכים באופן הענף כגון היבטים טכנולוגיים,  
2 ניהול המשאב הציבורי, חופש הביטוי והמידע, פלורליזם בתקשורת ועוד.

3  
4 משרד התקשורת לא נימוק את עמדתו, ועל כן קשה לדעת מה היו השיקולים שלקח בחשבון, והאם  
5 עמד על השיקולים הרלבנטיים.

6  
7 כך, למשל מכתב ההבהרה הראשון של משרד התקשורת מיום 31.10.13 קובע כי מנוי שהתנייד ומנוי  
8 שמקבל מספר טלפון חדש מבלי שהתנייד אינם יכולים להיחשב ל"סוג מנויים" שונה זה מזה  
9 (פיסקה 4 למכתב ההבהרה). אולם, אין כל הנמקה לקביעה זו. בדומה, ציין המשרד כי ניתן לקבוע  
10 שסטודנט וחייל שייכים לסוג מנויים שונה ממנוי פרטי (פיסקה 5 למכתב ההבהרה). שוב, אין כל  
11 הנמקה לקביעה זו. מדוע נבדל סטודנט מבין גילו בעל הכנסה דומה שאינו סטודנט? יתכן, כי מסלול  
12 לסטודנטים נועד לתת הנחות לקבוצה רגישת מחיר, בכדי להגדיל את נתח השוק של החברה, וכי  
13 אין במאפייני השימוש של סטודנטים כל ייחוד. מכתב זה מסתיים בקביעה כי המשרד סבור שיש  
14 בהפרת הוראות הרישיון כדי לפגוע בתחרות, אולם שוב ללא כל נימוק או הסבר לקביעה זו. באשר  
15 לעמדת המשרד מיום 13.1.14, שם מציין המשרד כי המאפיינים הייחודיים המבדילים בין סוגי  
16 מנויים נוגעים לדפוסי צריכה ושימוש, בעניין זה שוב עולה השאלה מדוע לסטודנטים למשל, דפוסי  
17 שימוש וצריכה שונים מאלה של אחרים בני גילם, בעלי הכנסה דומה שאינם סטודנטים?, ומהם  
18 דפוסי השימוש והצריכה באינטרנט ובטלוויזיה הרב ערוצית? משלא נימק משרד התקשורת את  
19 עמדתו הרי שבכך כדי לפגום בעמדתו ביחס לפרשנות הראויה להוראות הרישיון.

20  
21 לא רק שעמדת משרד התקשורת אינה מנומקת כראוי, התנהלותו בפועל של משרד התקשורת  
22 סותרת את העמדה שהציג. בכך נפל פגם נוסף בחוות הדעת, שכן היא סותרת את התנהלות משרד  
23 התקשורת בפועל.

24  
25 **12.3.3. חוסר אחידות בעמדת משרד התקשורת**

26 חוסר אחידות בעמדה, שאינו מוסבר כראוי, מהווה גם הוא פגם בהחלטה המנהלית, הן בשל  
27 ההסתמכות שעלולה להיפגע, הן לאור הצורך באמון הציבור במערכות הממשל. מאסדר המשנה  
28 דעתו ללא כל הסבר, פוגע במטרות אלו.

29  
30 **12.3.3.א. עמדות שונות שהביע משרד התקשורת**

31 כדי להבהיר מדוע לא ניתן לאמץ את עמדת משרד התקשורת, יש לעמוד על הסתירות הרבות שנתגלו  
32 בעמדת משרד התקשורת במהלך ניהול ההליך (מעבר לתשובות הסותרות שניתנו לפונים על כך  
33 להלן). כך לדוגמא, בכל הנוגע לבחינת אספקטים של התחרות במכתב מיום 31.10.13 נכתב לאמור





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

- 1 כי "לאור העובדה שהמשרד סבור כי יש בהפרת ההוראה הנ"ל כדי לפגוע בתחרות..." , כאשר מכך
- 2 עולה בבירור כי המשרד לקח בחשבון בקביעת עמדתו שיקולי תחרות. ואילו בסתירה לכך צויין
- 3 בעמדת המשרד מיום 22.9.16 כי לא ברור כלל מהם השיקולים שנשקלו בשעתו בעת שנוצר הרישיון
- 4 וכי בעת שניתנה העמדה הנוכחית מטעם המשרד לא נשקלו שיקולי תחרות.
- 5
- 6 בנוסף, בניגוד לעמדת היועמ"ש משנת 2017 בה טען כי שוק הטלוויזיה שונה מתחום הרט"ן וכי אין
- 7 להסיק גזירה שווה מזה לזה, הביע משרד התקשורת עמדה שונה והפוכה במכתבו של מנכ"ל משרד
- 8 התקשורת מיום 21.4.16 ובמסמך מיום 22.9.16, בשניהם צויין כי ראוי לבצע האחדה של האסדרה
- 9 בין תחומי התקשורת השונים.
- 10
- 11 אציין עוד כי קיימים בפסיקה מקרים נוספים בהם הביע משרד התקשורת במסגרת בקשות לאישור
- 12 תובענות ייצוגיות שהוגשו לו עמדה בלתי מבוססת אשר לא ברור על סמך אילו שיקולים הוגשה. יש
- 13 להצטער על כך שלא מופקים לקחים.
- 14
- 15 כך לדוגמא בפסק דינו של כב' השופט י' ענבר בעניין ת"צ (מחוזי ת"א) 38194-07-10 **דוד ספיר נ'**
- 16 **פלאפון תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 03.06.2012, (על פסק הדין הוגש ערעור שהסתיים בפשרה-
- 17 ע"א 5662/12 **פלאפון תקשורת בע"מ נ' דוד ספיר** (פורסם בנבו, 01.01.2014). בפסקה 5 לפסק דינו
- 18 של השופט ענבר צויין, בהתייחס למשרד התקשורת, כי: **בענייננו לא ברור כלל ועיקר כיצד גובשה**
- 19 **בשעתו עמדתו של הרגולטור ומי נטל חלק בתהליך זה**.
- 20
- 21 כמו כן בת"צ (מחוזי י-ם) 11630-05-10 **סמיון ז'נין נ' פרטנר תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו,
- 22 25.08.2013, על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט העליון במסגרתו הגיעו הצדדים לפשרה ביום
- 23 27.6.14, ראו: רע"א 6735/13 **חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' סמיון ז'נין** (פורסם בנבו,
- 24 27.06.2014). בית המשפט המחוזי ציין שוב לעניין משרד התקשורת כי (פסקה 52 לפסק הדין):
- 25 **"מן המסמכים שהוצגו עולה ספק של ממש אם הונחו בפני משרד התקשורת מלוא**
- 26 **הנתונים הדרושים לענין ואם אלה נבדקו על ידו..."**
- 27
- 28 מדברי מנכ"ל משרד התקשורת במקרה שלפני עולה בבירור כי למשרד לא הייתה מדיניות אחידה
- 29 בשאלה של הפליית מחירים.
- 30
- 31 עדות להיעדר פרשנות אחידה וברורה של משרד התקשורת לסוגיית אפליית המחירים משך השנים,
- 32 וכי הסוגיה נמצאת תקופה ארוכה בבחינת המשרד, ניתן למצוא גם במכתב מאת מר שלמה פילבר,
- 33 המנהל הכללי של משרד התקשורת, אל חברת סלקום, מיום 7.1.16 (נספח 25 לסיכומי פרטנר),
- 34 ולפיו:



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 "ערכתי בדיקה ראשונית בסוגייה ואכן אין פרשנות אחידה ומוסכמת לאורך השנים  
2 בנוגע לאסדרה הנדרשת. ביקשתי לכנס דיון מקצועי אצלי בהשתתפות כלל הגורמים  
3 במשרד לבחון את הסוגיה וככל שאכן אין פרשנות חד משמעית נצטרך ככל הנראה  
4 לבצע שימוע לשוק בנוגע לעניין".  
5

6 וכן במכתב מנכ"ל המשרד לפלאפון מיום (צורף כנספח 7 לסיכומי פלאפון) 21.4.16 נאמר כי הוחלט  
7 "לבחון קיום שימוע בסוגיית הוראות רישיון לעניין אפליית מחירים בין מנויים" (סעיף 1 שם),  
8 ובסעיפים 3-4 צויין לאמור כי:

9 "הסוגיה של הכללים הנוגעים לאפליית מחיר בין מנויים מאוסדרת באופן לא אחיד  
10 ברישיונות של חברות תקשורת (נייח/נייד/טלקום/שידורים). נזכיר כי הסוגיה  
11 מטופלת בימים אלו ע"י רשויות רלבנטיות נוספות. כך, לאחרונה גם נתקבלה  
12 עמדתה המקצועית של הרשות להגבלים עסקיים בנושא אפליית מחיר למנויים  
13 ושקיפות מולם וזאת במסגרת הליך שימוע סדור שקיימה המועצה לכבלים ולוויין  
14 ביחס לסעיפי איסור אפליה דומים הקיימים ברישיונות מפעילי השירותים הרב-  
15 ערוציים. אני סבור שיש לשקול גיבוש כללים שיביאו לאחידה של הרגולציה לגבי  
16 כלל הגורמים הרלוונטיים, באופן שיעלה בקנה אחד גם עם שינויים ותמורות בשוק".  
17

18 אף מדברי מנכ"ל משרד התקשורת, מר שלמה פילבר, במכתב תגובה לפניית פלאפון מיום 29.2.16  
19 (נספח 26 לסיכומי פרטנר) עלה, כי לא קיימת נורמה אחידה בנושא אפליית מנויים:

20 "קיימתי שתי ישיבות מקצועיות בהשתתפות הדרג המקצועי במשרד ובהן עלו לדיון  
21 שתי סוגיות:  
22 1. האם במצב שוק הסלולר והמחירים כיום יש מקום לאפשר בתנאים אפליה בין  
23 חדש ומנוי קיים כדי להמשיך ולעודד את התחרות.  
24 2. מעבר השוק לקבוצות תקשורת המספקות מספר שירותים לאותו הלקוח (סלולר,  
25 אינטרנט, שידורים וטלפניה) מחייב קביעת נורמה אחידה בנושא אפליית מנויים  
26 -נורמה שאינה קיימת היום.  
27 הנחתי לבצע במשרד עבודת מטה לגיבוש המלצות למדיניות מעודכנת בנושא וככל  
28 שיידרש, הוא יפורסם בשימוע לחברות".  
29

30 ובתשובת משרד התקשורת מיום 22.9.16, בסעיף 24, צויין כי:

31 "קיימת אי אחידות כיום בין הרישיונות השונים בתחום התקשורת (רט"ן, נייח,  
32 אינטרנט וכו'). לאור זאת ולאור השינויים והרפורמות המשמעותיות אשר התרחשו  
33 בשנים האחרונות, ראה לנכון המשרד לבחון את הסעיפים השונים ואת ההוראות  
34 לעניין איסור אפליה"; "עמדת משרד התקשורת היא כי אין נורמה אחידה ומוסכמת  
35 לעניין זה בין תחומי התקשורת השונים. יחד עם זאת, בכל תחום ההוראות היו  
36 אחידות בין כל חברות התקשורת".  
37

38 כן צוין שם כי נושא זה אינו נהיר דיו לחברות התקשורת (סעיף 30):

39 "עולה מהעובדה כי משרד התקשורת נדרש לפרסם שתי הבהרות, בעניין איסור  
40 האפליה בין המנויים, כי עניין זה לא היה נהיר דיו לחברות..." (סעיף 25);  
41 "האסדרה הקיימת כיום ברישיונות...נקבעה לפני לא מעט שנים...קיים קושי  
42 משמעותי להתחקות אחר העובדות ולברר את השיקולים אשר נשקלו בשעתו. בעת  
43 גיבוש העמדות אשר הוגשו לבית המשפט הנכבד, לא בוצעה בחינה מחודשת של  
44 הרגולציה והשלכותיה על התחרות כיום.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1  
2 לא למותר לציין כי למרות שביום 9.8.16 פרסם המשרד את שימוע 2016 לכל חברות התקשורת  
3 שבפיקוחו ולשלל ארגונים ורשויות- לא התקבלה כל החלטה אופרטיבית מעודכנת בסיום הבדיקה  
4 שאמורה הייתה להיערך בעקבות הליך השימוע.

5  
6 הנה כי כן, מסקנתי הינה כי משך השנים שקדמו לפרסום עמדתו מיום 31.10.13 לא הובעה ע"י  
7 משרד התקשורת עמדה כלשהיא ממנה עולה כי התנהלות חברות הסלולר והאינטרנט הינה בגדר  
8 אפליה פסולה. כל שנאמר הוא כי יש לבחון את הנושא ולבצע האחדה של הכללים.

9  
10 ב. 12.3.3. סתירות בהתנהלות משרד התקשורת לעניין קבלת הנחות והטבות ללקוחות מתמקחים  
11 המשיבות טוענות, כאמור, כי עמדתם הפרשנית של המבקשים נסתרת על ידי אופן התנהלותו של  
12 המאסדר, אשר לא רק שלא הציג מעולם תזה סדורה בדבר האסור והמותר בהתאם לרישיונות,  
13 אלא אף עודד את הצרכנים לפנות לספקי השירות ולנהל עמם משא ומתן על מנת לזכות בתנאים  
14 משופרים. לאישוש טענתן מפנות המשיבות לדברים שנאמרו בתחילת העשור באתר האינטרנט של  
15 משרד התקשורת (נספח 27 לסיכומי פרטנר):

16 "מוקדי השירות של החברות הסלולריות מפעילים מוקדים מיוחדים לשימור  
17 לקוחות. אם אתם שוקלים לעבור מחברת תקשורת אחת לשנייה, כדאי לנסות ולבדוק  
18 מה הם מציעים לכם על מנת שתישארו. ייתכן שיציעו לכם הטבות נוספות, הוזלות  
19 ומסלולים מיוחדים. לאור העובדה שקנסות היציאה בוטלו, תקופת ההתחייבות  
20 קוצרה משמעותית והוסרו חסמי המעבר – הכוח עבר ללקוח".

21  
22 דברים דומים נאמרו בפרסומים שונים של משרד התקשורת שבוצעו בכלי התקשורת השונים  
23 באותה העת, בהם הונחו הצרכנים כיצד להפעיל את כוחם מול חברות הסלולר כדי לזכות באותן  
24 הטבות לשימור לקוחות, כיצד להתמקח כדי לקבלן וכיצד לאיים בנטישת החברה לצורך זה (נספח  
25 ז לתשובה):

26  
27 "שלום, היום נלמד תרגילי כוח מול חברות הסלולר. עמידת מוצא, יד קדימה ו...מה  
28 אתם נותנים לי? מה אתם נותנים לי? ....  
29 ולתרגיל החשוב ביותר: טוב, אז אני הולך! טוב, אז אני הולך! ...."

30  
31 בהידרשו לטענות אלה הבהיר משרד התקשורת בעמדתו, כי -

32 "משרד התקשורת מעודד את הציבור הרחב לברר מה החלופות העומדות בפניו, תוך  
33 כדי השוואת מחירים, על מנת לבחור את ספק התקשורת ותוכנית התעריפים  
34 המתאימים לו ביותר, ואין בכך כדי לסתור את האמור בהוראות הרישיון. אין בכך  
35 כדי למצוא היתר לתוכניות תעריפים 'פרטניות' אשר 'נתפרות' לכל לקוח בהתאם  
36 למידותיו וליכולת המיקוח שלו, דבר שהינו פסול ובניגוד לתנאי הרישיון".

37



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 איני מקבלת טענת משרד התקשורת בעניין זה, שכן לא ניתן לפרש את פרסומי המשרד אלא כפשוטן,  
2 ומפרשנות הכתוב כפשוטו אכן נובע כי המשרד עודד בפרסומותיו את הציבור להתמקח על מחיר  
3 השירות. משרד התקשורת בפרסומים אלו מתגאה בכך שהעביר את הכוח ללקוחות. אך כשהחברות  
4 נענות ללקוחות, קובע משרד התקשורת כי הן פועלות בניגוד לרישיון. בפרסומי המשרד יש משום  
5 היתר מפורש להתנהלות זו. יש להניח כי לו היה המשרד סבור כי באפליה עסקין הרי שלא היה  
6 מעודד וממליץ לצרכנים להתמקח עם נציגי השירות ולאיים בנטישה. בנסיבות אלה, לא יכולה כעת  
7 להישמע טענת המשרד כי נוהגן של חברות התקשורת ליתן הנחות על בסיס מיקוח של הלקוח הינו  
8 פסול ובבחינת אפליה.

9

10 הנה כי כן, יש לקבוע כי עד למתן עמדת המשרד ביום 31.10.13 קבלת הנחות באמצעות שימוש  
11 בכוח מיקוח של הלקוח ובאיומי נטישה- היו פרקטיקה מקובלת ומומלצת ע"י משרד התקשורת.

12

13 3.12.3 ג. סתירות בעמדת משרד התקשורת באשר להפרשי מחיר בין לקוחות קיימים וחדשים

14 משרד התקשורת נתן תשובות שונות לפונים גם לעניין הפרשי מחיר בין לקוחות קיימים לחדשים.  
15 בחלקן של התשובות שנתן המשרד הוא לא התנגד לאבחנה בין מנויים חדשים וקיימים ואף הביע  
16 דעתו מפורשות כי התנהלות זו של המשיבות הינה מותרת; במקרים אחרים הביע המשרד  
17 בתשובותיו לפניות הציבור עמדה ולפיה הנושא נמצא בבדיקה עד לגיבוש עמדה סופית. ביחס  
18 לסוגיה זו לא הייתה אפוא כל פרשנות סדורה, נהירה וברורה מצד המשרד ולא היה קיים קו אחיד.

19

20 כך לדוגמא, ראו תשובותיה של גב' תמרה שמלוב ממחלקת פניות הציבור של משרד התקשורת,  
21 למכתבי פונים מהציבור (צורפו נספח 21 לסיכומי פרטנר) ביחס לסוגיית האבחנה בין מנוי חדש  
22 לקיים. בתשובתה מיום 10.2.14 צויין כי הסוגייה נמצאת בבחינת המשרד:

23 **"כל מנוי חדש לרבות מנוי מנייד זכאי להצטרף לכל תוכנית שהחברה מציעה**  
24 **למנויים חדשים. האפליה אוסרת להפלות בין מנויים חדשים כאמור בהבהרה.**  
25 **באשר לאפליה בין מנוי חדש לקיים, הנושא נמצא בבחינת משרדנו, ולכשתקבל**  
26 **החלטה בעניין זה הציבור יעודכן"**

27

28 והנה מדברי הגב' שמלוב 10 ימים לאחר מכן, בתשובתה ביום 20.2.14, עולה כי אבחנה בין מנוי  
29 חדש לקיים היא מותרת, שכן המדובר בסוגים שונים של מנויים, כאילו הבחינה עליה העידה  
30 במכתבה הקודם, הסתיימה:

31 **"החברה רשאית להציע תוכניות לפי סוג מנויים, מנוי חדש הוא סוג מנוי כפי שמנוי**  
32 **קיים הוא סוג מנוי אחר ולפיכך החברה לא חורגת מהוראות הרישיון"**

33

34 הבלבול והסתירה בעמדות המשרד בתשובותיו למשרד חזרו על עצמן גם בתשובות נוספות. כך,  
35 חודשיים לאחר שנאמר כי מדובר בסוגי לקוחות שונים, שוב ניתנת תשובה לפיה משרד התקשורת



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

בחון את הדברים. בתשובת גב' חגית ניסימוב (ממחלקת פניות הציבור של המשרד) מיום 24.4.14, שם נאמר:

**"נושא אפליית המחירים ידוע למשרדנו ואנו בוחנים את הנושא. לכשתקבל החלטה ניידע את כלל הציבור"**

תשובה נוספת מיום 27.5.14 של הגב' חגית ניסימוב מוסיפה לערפול הדברים:

**"2. ההוראה קובעת כי אסור להפלות בין מנויים ותיקים וחדשים כאשר מדובר באותה תוכנית. לדוגמא אם מנוי נמצא בתוכנית מסוימת ומנוי אחר מצטרף לתוכנית אחרת זה מותר. 3. זאת ועוד. גם אם מדובר באותה תוכנית אין חובה להציע למנוי הותיק את התוכנית..."**

יש לציין גם את תשובת הגב' חגית אביבי, אחראית תלונות ציבור במשרד התקשורת, מיום 23.9.14 ממנה עולה כי מבצע של חברת בזק, במסגרתו מוענקת הנחה כספית ללקוח חדש למשך 36 חודשים, ולאחר תקופה זו מתעדכן המחיר למחיר המחירון הרגיל של בזק- הינו מותר ותקין (דברים דומים נאמרו בתשובת מר אמיר בירן, ממרכז פניות ציבור במשרד התקשורת, ביום 27.11.14).

כמה חודשים לאחר מכן, באותו יום עצמו, 28.1.15, ניתנו שתי תשובות שונות ע"י מחלקת פניות הציבור של משרד התקשורת. בתשובת מר אמיר בירן ממועד זה צויין כי הנושא נמצא בבחינת המשרד וכי לאחר שתתקבלנה החלטות הציבור יעודכן. לעומת זאת, בתשובה מאותו היום של גב' נוי נעמן, ממחלקת פניות הציבור של המשרד צויין כי:

**"ההוראה הקובעת כי אסור להפלות בין מנויים ותיקים לחדשים כאשר מדובר באותה תוכנית. אבל אבקש לחדד לדוגמא אם מנוי נמצא בתוכנית מסוימת ומנוי אחר מצטרף לתוכנית אחרת, זה מותר. זאת ועוד, גם אם מדובר באותה תוכנית אין חובה להציע למנוי הותיק את התוכנית. יחד עם זאת, אם המנוי הותיק פונה לחברה ומבקש לקבל מחיר חדש עבור התוכנית בה הוא נמצא (במידה והחברה מפרסמת מחיר חדש לאותה תוכנית), יוכל לקבל זאת..."**  
(הדגשות במקור).

תשובה זו עמומה ולא ברורה. אולם, ניתן להבין ממנה כי אבחנה בין מנויים חדשים וותיקים אינה אסורה כשלעצמה, אלא רק כאשר מדובר באותה תוכנית. גם בתשובות נוספות לפניות הציבור "זגזג" המשרד בין העמדות השונות שפורטו לעיל (ראו יתר המכתבים שצורפו כחלק מנספח 21 לסיכומי פרטנר).

מסירת תשובות סותרות ועמומות שוב ושוב מתלמדת שלא מדובר בטעות נקודתית או אקראית. גם מסיבה זו לא ניתן לקבל את עמדת משרד התקשורת כפי שהיא נטענת כיום, ועומדת בניגוד להתנהלות המשרד במהלך השנים. העמדה שהביע המשרד ביום 31.10.13 אינה מהווה אפוא הבהרה של המצב שנהג עד אותה עת אלא מדיניות חדשה שננקטה ע"י המשרד והובעה לראשונה במכתב זה. המסמך מיום 31.10.13 אשר כותרתו "הבהרה", אינו הבהרה של מדיניות קיימת אלא



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

מסמך המודיע על תפנית במדיניות ועל כוונה לפקח ולאכוף את נושא האפליה על פי פרשנות שלא הייתה נהוגה ומקובלת עד אותה עת.

ככזו חייב הדבר, מתן זכות שימוע למשיבות שעשויות היו להיפגע ממדיניות זו. שימוע כזה לא נערך, ובכך נפל פגם נוסף בחוות דעת משרד התקשורת. לכך אפנה עתה.

### 12.3.4 העדר שימוע

#### 12.3.4 א. חובת השימוע

חובת שר התקשורת ליתן זכות שימוע קבועה בסעיף 11(ב) לחוק הבזק, לפיו:

**"ראה השר כי בעל רישיון פועל באופן העלול לגרום לפגיעה במתן שירותי בזק באורח תקין וסדיר, או כי יש בפעולתו כדי לגרום לפגיעה משמעותית בתחרות בתחום הבזק, רשאי הוא להורות לבעל הרישיון, לאחר שנתן לו הזדמנות להשמיע או טענותיו, בדבר פעולות שעליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה; בסעיף קטן זה, "בעל רישיון" – לרבות בעל רישיון לשידורים המציע מקבץ שירותים הכולל שידורים ושירותי בזק".**

בפסיקה נקבע שככלל, נדרשת רשות מנהלית שפעולתה כרוכה בפגיעה באדם להעניק לו הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו בפניה. העיקרון בדבר זכות הטיעון נחשב לחלק מכללי הצדק הטבעי והוא מסממניו המובהקים של הליך מנהלי הוגן ותקין. תכליתה של זכות הטיעון להבטיח כי הרשות תתייחס בהגינות לעניינו של האזרח, ותקבל החלטותיה על-בסיס תשתית עובדתית נאותה ותוך התחשבות במכלול העובדות והשיקולים הצריכים לעניין. לטיעונים ולהשגות שמשמיע האזרח העשוי להיפגע מן ההחלטה חשיבות לא רק כביטוי לכללי הצדק הטבעי, אלא גם כמרכיב מרכזי בגיבוש התשתית העובדתית שעליה נסמכת ההחלטה. ככל שהפגיעה הצפויה גדולה יותר – כך זכותו של האדם להישמע משמעותית וחשובה יותר (בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2016), פסקה נט' לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין; בג"ץ 794/17 ואיל חוסיין באג'ס זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פורסם בנבו, 2017, פסקה 45 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה סלים ג'ובראן).

פרופ' אלון הראל במאמרו "הזכות לביקורת שיפוטית", משפטים מ' 239, 262 (תשע"א-2011), מציין:

**"זכות השימוע כוללת שלושה מרכיבים מובחנים: ההזדמנות להעלות קובלנה או טרענה בשל מה שנתפש בעיני הפרט כהפרת זכותו, הזדמנות לקבל הסבר או הנמקה בעקבות החלטה הנתפשת כהפרת זכות והחובה לשקול מחדש את ההחלטה שהביאה בעקבותיה את הקובלנה....זכות השימוע היא בעלת ערך לא אינסטרומנטלי: היא איננה תלויה (וליתר דיוק: היא איננה תלויה באופן בלעדי) בשאלה אם החלטות שתתקבלנה בעקבות השימוע מגנות טוב יותר על זכויות האדם (או על כל ערך אחר) מההחלטות שתתקבלנה ללא שימוע."**





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

ומוסיף, בעמ' 263 :

"פגיעה בזכות (כולל פגיעה מוצדקת בזכות) מנביעה חובת שימוע....העובדה שהפגיעה מוצדקת איננה מאיינת את זכות ההשתתפות של בעל הזכות. הסטטוס של בעל הזכות (המוקנה לו בגין היותו בעל זכות לכאורית) מתממש (אף אם במידה מוגבלת) גם במקרים שבהם הזכות נהדפת, באמצעות זכות ההשתתפות הפעילה בקביעת גבולות הזכות – זכות שביטוייה הממשי הוא השימוע. פגיעה בזכות השימוע היא לפיכך פסולה גם אם הזכות שבגינה בעל הזכות תובע שימוע נהדפת, משום שפגיעה כזו איננה מכבדת את הסטטוס של בעל הזכות (הזכות הלכאורית שנהדפה)".

(ראו גם: יצחק זמיר, **הסמכות המנהלית**, כרך ב', מהד' שנייה, התשע"א-2011, עמ' 1147 ואילך; דפנה ברק-ארז, **משפט מנהלי**, כרך א', התש"ע-2010, עמ' 498; אלעד שרגא ורועי שחר, **המשפט המנהלי**, ספר שלישי, עילות ההתערבות 59 (2008) וכן, דפנה ברק ארז, "זכות הטיעון – בין צדק פרוצדורלי ועילות", בתוך: **ספר אור, קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור**, 817, 819, בעריכת אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם, 2013).

### 12.3.4. ב. העדר שימוע במקרה שלפניי

כפי שפורט בהרחבה לעיל, משרד התקשורת הביע מספר פעמים את עמדתו, לפיה לשיטתו עריכת אבחנה בין מנויים חדשים לקיימים ומתן הנחות על בסיס כוח המיקוח של הלקוח אינה אסורה. הלכה למעשה, המסמך מיום 31.10.13, בניגוד לכותרתו ("הבהרה") אינו מהווה כלל הבהרה כי אם קביעת מדיניות חדשה מזו שנהגה קודם לכן, ושינוי הפרקטיקה שנהגה משך השנים, פרקטיקה אשר עד אותו רגע משרד התקשורת לא הביע לה כל התנגדות ולעיתים אף אישר אותה. העמדה אשר הביע המשרד לראשונה בשנת 2013 היוותה שינוי מדיניות אשר ככזה הצריך, בהתאם לכללי המשפט המנהלי, עריכת שימוע למשיבות.

מנכ"ל משרד התקשורת, שלמה פילבר, ציין זאת במפורש במכתבו לחברת סלקום (שהובא לעיל, מיום 7.1.16, נספח 25 לסיכומי פרטנר), ולפיו:

"ערכתי בדיקה ראשונית בסוגייה ואכן אין פרשנות אחידה ומוסכמת לאורך השנים בנוגע לאסדרה הנדרשת. ביקשתי לכנס דיון מקצועי אצלי בהשתתפות כלל הגורמים במשרד לבחון את הסוגיה וככל שאכן אין פרשנות חד משמעית נצטרך ככל הנראה לבצע שימוע לשוק בנוגע לעניין".

מתגובות משרד התקשורת לפניית הציבור עולה שאין פרשנות אחידה וכי הדברים נשקלים. אולם, בפועל, חובת השימוע הופרה משלא ניתנה כל זכות שימוע למשיבות (למעט חברות הטלוויזיה הרב ערוצית ע"י מועצת הכבלים והלוויין) בטרם הוצאת מכתבי ההבהרה (שכאמור לא היו הבהרה כלל





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

אלא שינוי מדיניות) או בטרם הגשת העמדה במסגרת הליך זה. היעדר מתן זכות שימוע לחברות האינטרנט והסלולר בנסיבות אלה מהווה פגם בפעולת משרד התקשורת בפרשנותו את הרישיון.

### 12.5 סיכום הפגמים בעמדת משרד התקשורת

לסיכום, בהליך גיבוש עמדת משרד התקשורת נפלו פגמים רבים, בעיקרם חוסר התבססות על תשתית עובדתית מעדכנת ואי היוועצות ברשות לתחרות על אף עמדתה הנוגדת של מועצת הכבלים, בהתבסס על חוות דעת הרשות לתחרות, כשיו"ר המועצה הוא נציג שר התקשורת.

לאור פגמים מהותיים אלו, הן בהליך גיבוש העמדה, הן בהתנהלות משרד התקשורת שנתן עמדות שונות במועדים שונים, בחרתי שלא לאמץ את עמדת משרד התקשורת. לאור האמור אפנה לבחון את שני התנאים המרכזיים לאישור תובענה כייצוגית, המצויים במחלוקת. הראשון, האם יש אפשרות סבירה שהשאלות הנדונות יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה והאם תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

### 13. האם יש אפשרות סבירה שהשאלות הנדונות יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה

אני סבורה כי המבקשים לא הוכיחו כי יש אפשרות סבירה שהשאלות הנדונות יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה, כנדרש בשלב זה של אישור התובענה כתובענה ייצוגית וזאת ממספר טעמים, עליהם אעמוד להלן.

### 13.1 אימוץ עמדת מועצת הכבלים והלווין והרמוניה פרשנית

#### 13.1.א. מתי יש ליתן אותה פרשנות למונחים דומים

הטעם הראשון לדחיית הבקשה הוא אימוץ עמדת המועצה לשידורי כבלים ולווין מהטעמים שפורט לעיל. עמדת המאסדר, שניתנה אמנם לגבי חברות יס והוט הינה כי אין מדובר בהפרת הרישיון (לא בנוגע לאפליית מחירים לסוגיה ולא בנוגע לאופן הפרסום). על כן לגבי חברות YES והוט, יש לדחות את בקשת האישור כבר בשלב זה.

אולם, אני סבורה כי עמדת מועצת הלווין והכבלים משליכה גם על תוצאות ההליך באשר למשיבות האחרות. זאת, בשל הדמיון בלשון הרישיונות והצורך באחידות בתחום זה. רישיונות חברות התקשורת השונות הינם מסמכים ארוכים וסבוכים, הכוללים מגוון הוראות מתירות ואוסרות, בשורה של נושאים מקצועיים, צרכניים ואחרים; על פרשנות הוראת הרישיון ניתן לעמוד מלשון הרישיון, ומתכליתו (לעניין פרשנות רישיון על פי לשונו וכלל הוראותיו ר' עניין **אי. אר. אם**; עניין **פירט**, פסקה 10 להחלטת כב' השופטת ע' ברון; ת"צ (מחוזי מרכז) 25670-01-10 **אליעזר ישעיהו**



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

צור נ' 012 טלקום בע"מ, פורסם בנבו, 14.07.2015; ת"צ (מחוזי מרכז) 25061-09-16 מרקמן את  
טומשין - חברת עורכי דין נ' בזק בינלאומי בע"מ, פורסם בנבו, 04.07.2019.

כיוון שמדובר באותו שוק, וברישיונות דומים ביותר, יש לפרשם באותו אופן. הכלל של הרמוניה  
חקיקתית (במקרה זה אסדרתית) ופרשנית, הוא אחד מכללי הפרשנות החשובים. כך,  
בע"א 3213/97 רמה נקר ואח' נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, פ"ד נג(4) 625, 634 (1999), נקבע  
כי: "ההנחה הבסיסית צריכה להיות, כי יש לקיים הרמוניה חקיקתית, באופן שהפירוש שיינתן  
לדבר חקיקה יישזר נאמנה עם רקמת החקיקה ויהא לגוף אחד, שלם, עמה".

השיקולים בדבר הרמוניה חקיקתית מצדיקים, ככלל, מתן פרשנות אחידה למונחים זהים באותו  
חוק עצמו ובחוק קרוב, אשר שניהם עוסקים באותה מאטרייה (בג"ץ 4886/06 עיריית באר שבע נ'  
שר הפנים, פורסם בנבו, 2007). לכל ביטוי, כך נקבע, יש משמעות מיוחדת בהקשר מסוים, לפי אותו  
הקשר, והמשמעות של אותו ביטוי עצמו עשויה להשתנות מהקשר להקשר, לפי הסביבה שבה  
הביטוי חי, לפי התכלית של החוק שבו הוא משובץ ולפי שיקולים פרשניים אחרים (ראו: ע"א  
480/79 א' טרגר להשקעות ולבנין בע"מ נ' גובה המכס, ירושלים, פ"ד לה(2) 303, 306 (1981)).

בבג"ץ 1583/94 חי יוסף סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט (3) 469, 474-475, עמדה על  
הדברים כב' השופטת טובה שטרסברג-כהן (שם, בעמ' 474-475):

"בשאלה, אם יש לתת למונח מסוים, בדברי חקיקה העוסקים באותו עניין, פרשנות  
זוה או דומה, והאם יש להגדיר מונח בדבר חקיקה בהגדרה כוללת ואחידה לכל  
המטרות, או אם יש לתת לו משמעות שונה בדברי חקיקה שונים לצרכים שונים  
ולמטרות שונות – יש פנים לכאן ולכאן... מחד גיסא, ראוי ורצוי ליצור אחידות  
בהגדרת מונח על-מנת למנוע מבוכה, אי-ודאות, שוני שיכול שייראה מלאכותי,  
ואולי אף שרירות... מאידך גיסא, אין להתעלם מכך שחוקים שונים מכוונים  
להגשמת תכליות שונות... בכל מקרה יש להתחקות אחר תכלית החוק ומטרתו ואחר  
הביטוי שנתן המחוקק לתכלית שאותה רצה להשיג באמצעות החוק על-מנת להגיע  
לפרשנותו הנכונה של מונח זה או אחר בו..."

הדברים סוכמו בהמשך בבג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' בית-הדין הארצי  
לעבודה, פ"ד נא(2) 63 (1997) בפסקה 21 לפסק דינו של כב' השופט יצחק זמיר (שם נאמרו הדברים  
ביחס למונח "ארגון עובדים" המופיע בדברי חקיקה שונים):

"ארגון עובדים נזכר בשישים חיקוקים לערך, מהם העוסקים בארגוני עובדים באופן  
מרכזי ומהם העוסקים בהם באופן שולי. הנה, לדוגמה, רשימה מקרית של אחדים  
מרבם: חוק הסכמים קיבוציים; חוק יישוב סכסוכי עבודה; חוק שעות עבודה  
ומנוחה, תשי"א-1951; חוק מס מקביל, תשל"ג-1973; ..... ברור לחלוטין כי כל  
אחד מחוקים אלה, וכך אף יתר החוקים העוסקים בארגוני עובדים, יש לו תכלית  
משלו, מיוחדת ושונה מן התכלית של חוקים אחרים. האם אין בכך כדי להשפיע על  
המשמעות של ארגון עובדים בחוקים אלה? ...אמנם ראוי לשאוף להרמוניה בפרשנות



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

החקיקה. בהתאם לכך עדיף בדרך-כלל לתת פירוש אחד לביטוי אחד גם כשהוא מופיע בחוקים אחדים. פיצול האישיות, כך שאדם ייחשב "עובד" בהקשר אחד ולא ייחשב "עובד" בהקשר אחר, יוצר קושי רעיוני, שיכול להתפתח גם לקושי מעשי, הן מבחינתו של אותו אדם והן מבחינתם של אחרים. כדי להימנע מקושי זה, יש מקום להנחה פרשנית, אולי אף הנחה חזקה, כי אותו ביטוי המופיע בחוקים שונים מתפרש באותו מובן. הנחה זאת תופסת גם לגבי ארגון עובדים: הנחה פרשנית היא, כי ארגון הנחשב ארגון עובדים לצורך חוק אחד הוא ארגון עובדים גם לצורך חוקים אחרים, ובוודאי לצורך חוקים העוסקים באותו עניין או בעניינים דומים. אך אין זאת אלא הנחה פרשנית. ...ואם כך לגבי מושג המופיע בהקשרים שונים באותו חיקוק, קל וחומר כך לגבי מושג המופיע בהקשרים שונים בחיקוקים אחדים".

בדומה נפסק בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008) ביחס למונחים דומים שננקבו בחקיקה מתחום התקשורת: חוק רשות השידור וחוק הרשות השנייה. באותו עניין הסוגייה שעמדה על הפרק הייתה האם האיסורים על שידור תשדיר פרסומת בנושא פוליטי, הקבועים בכללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), בכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי רדיו) ובכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), הינם בטלים בהיותם פוגעים בחופש הביטוי באופן בלתי חוקתי. וכך קבעה כב' הנשיאה מרים נאור בפסקה 32 לפסק דינה:

"לגבי חוק רשות השידור: חוק רשות השידור מסמיך את רשות השידור לקבוע "איסורים ומגבלות" על תשדירי פרסומת. בחוק רשות השידור לא מופיעה התיבה של נושא-פרסום. אך גם הסמכה זו מסמיכה לדעתי את רשות השידור להטיל איסורים על תוכן תשדירי הפרסומות ...במישור הפרשני, דעתי היא כי לשון ההסמכה בחוק רשות השידור דומה מאוד לנוסח ההסמכה של הרשות השנייה והיא מחייבת פרשנות אחידה לשתייהן. אמנם, ההסדרה המפורשת בחוק הרשות השנייה מפורטת יותר מזו שבחוק רשות השידור. ואולם, מקובלת עלי עמדת המדינה כי למרות השוני בלשון ההסדר אין מקום – מטעם זה בלבד – לחייב יצירת הסדר נפרד לרשות השנייה ולרשות השידור. להבדל הלשוני הדק בדמות התיבה "נושא-פרסום" אין משקל פרשני מספיק היכול למנוע מתן פרשנות דומה לאור תכלית ההסמכה..... מדובר בהסדר בעל תכלית זהה המצריך פרשנות דומה של ההסדרים החוקיים. אין הגיון רב בהתרת שידור פרסומת פוליטית ברשת רדיו אחת ואיסור על אותו תשדיר ברשת השנייה ...."

גם במקרה שלפניי הבדלי הניסוח הדקים, אם בכלל, אין מעמד פרשני מספיק שיכול למנוע פרשנות דומה לאור תכליות הרישיון.

עוד ראו את שנאמר שם בפסק דינה של כב' השופטת, לימים הנשיאה, אסתר חיות, בפסקה 4:

"סוף דבר - באשר ל"כללים האוסרים" אני מצטרפת לעמדת הנשיאה כי בהעדר הסמכה מפורשת לעניין זה בחקיקה הראשית אין הכללים הפוגעים בחופש הביטוי הפוליטי יכולים לעמוד ולפיכך יש לעשות הצו על-תנאי למוחלט בכל הנוגע לבטלות "הכללים האוסרים". יחד עם זאת, ובניגוד לדעת חברותיי אשר סברו כי אין צורך לדון בדבר, אני סבורה כי סעיף 86(א) לחוק הרשות השנייה הוא הסדר ראשוני המהווה עוגן חוקי להחלטת הרשות לאסור את תשדירי הפרסומת במקרה דנן ועל כן



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

הייתי דוחה את העתירה ומבטלת את הצו על תנאי ככל שהוא נוגע לחוקיות החלטתה האוסרת של הרשות השניה. תוצאה זו, לפיה האיסור תקף רק ככל שהדבר נוגע לשידורי הרדיו והטלוויזיה ברשות השניה, יוצרת חוסר אחידות בלתי רצוי בין הרשות השניה לרשות השידור לגבי אותם תשדירי פרסומת המהווים "תעמולה מפלגתית". מטעם זה המצטרף אל כל יתר הטעמים שמנתה הנשיאה בהקשר זה ראוי, אפוא, כי יגובש בהקדם הסדר סטטוטורי אחיד אשר יחול על שוק התקשורת בכללו ויטייחם לאותם העניינים שבהם עוסקים "הכבלים האוסרים" (הדגשות הוספר- מ' א' ג').

### 13.1.ב. לשון הרישיונות והבסיס הרעיוני להם מחייבים פרשנות אחידה

הפרשנות שנתן כאמור משרד התקשורת לרישיונות המשיבות ולפיה התנהלות חברות הסלולר והאינטרנט מהווה הפרה של איסור האפליה ברישיונות סותרת את הפרשנות שניתנה ע"י מועצת הכבלים להוראת איסור האפליה שברישיונות חברות הטלוויזיה הרב ערוצית. אזכיר ואדגיש כי יו"ר המועצה הינו נציג משרד התקשורת. אני סבורה כי במקרה זה כיון שהמונחים שנקבו ברישיונות חברות התקשורת דומים, ולעיתים אף זהים ממש, לאלה שנקבו ברישיונות חברות הטלוויזיה הרב ערוצית, לאור הבסיס הרעיוני לאסדרה עליו עמדת לעיל, שבמרכזו נושא התחרות, וכן לאור העובדה שכיום מספר חברות מציעות ללקוחותיהם את כלל השירותים, יש לפרש את המונחים באותו אופן.

וכדי לסבר את האוזן, אדגים את הדמיון בין הרישיונות.

ברישיונות חברות האינטרנט, טלפון חו"ל והסלולר נקבעו ההוראות הבאות: ברישיון נטוויז'ן וכן בזה של בזק בינלאומי נקבע כי: "בעל הרישיון יספק את שירותיו לכל מקבל שירות, כולל מנויים של בעלי רישיון מפ"א או בעלי רישיון רט"ן אחרים, ללא אפליה ובתנאים שוויוניים, לרבות בתנאי השירות ובתשלומים, לפי סוגי המנויים..."; ברישיון סמייל: "בעל הרישיון יציע, ללא אפליה, כל שירות וכל סל שירותים בתנאים שווים ובתעריף אחיד, לפי סוגי מנויים"; ברישיון סלקום: "מבלי לגרוע מהאמור בסעיף 75.3, בעל הרישיון יספק שירות רט"ן וסל שירותים, כהגדרתו בסעיף 73א, לכל מבקש בתנאים שווים ובלתי מפלים ובתעריף בלתי מפלה" וכן: "בעל הרישיון יציע כל סל שירותים בתנאים שווים ובתעריף אחיד לכל סוגי המנויים..." (הוראות זהות מופיעות גם ברישיון של פלאפון ושל פרטנר).

המינוחים שנקבו ברישיונות חברות הכבלים הינם זהים: כך, ברישיון הוט: "בעל הרישיון יציע לכל אחד משירותיו, ללא אפליה לכל אדם..." וכן: "בעל הרישיון יספק את שידוריו ואת שירותי השידור בתנאים שווים ובלתי מפלים ובתעריף שאינו מפלה... אולם ניתן להציע תעריפים ותנאים



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

שונים לפי סוגי המנויים... וברישיון יס: "יספק בעל הרישיון את שידוריו... בתנאים שווים ובלתי מפלים ובתעריף שאינו מפלה, אולם, ניתן להציע תעריפים ותנאים שונים לפי סוגי המנויים..."

עמדתי לעיל על הדמיון במינוחים גם לעניין סוג הלקוחות.

כאמור, עוד בהחלטה מיום 3.5.16 עמד בית המשפט על על הדמיון בין רישיון פרטנר (לסלולר) לרישיון YES (לשירותי טלוויזיה), בהקשר של אפליית מחירים, המצדיק דיון מאוחד בכלל בקשות האישור:

"עמדותיה של המועצה לשידורי כבלים ולוויין, שהיא מאסדר נוסף בשוק התקשורת, סותרות לכאורה באופן חזיתי חלקים מרכזיים של עמדת המאסדר [משרד התקשורת] בענייננו. עמדות המועצה התקבלו בגדרי רישיונות דומים לרישיונותיהן של המשיבות, מבלי שהמועצה הצביעה על צורך לערוך שינוי כלשהו ברישיונות. מבלי שאקבע בשלב זה מסמרות נראה, כי גם לשון רישיונותיהן של המשיבות, שמעמדם הנורמטיבי זהה, אוצרת כוח להכיל עמדות אלו".

אף בהחלטה מיום 26.3.18, בה דחיתי הבקשה לפצל את הדיון בבקשות האישור בעניין הטלוויזיה הרב ערוצית מהבקשות האחרות, ציינתי כי כלל התובענות ובקשות האישור מעוררות שאלות דומות וכי "סוגיית אפליית המחירים מעוררת שאלות דומות, גם אם מדובר ברישיונות שונים, וגם אם מדובר בשווקים שונים ובגופים מאסדרים שונים".

הנה כי כן, הן על פי הגיונם של דברים והן על פי תכליתם, יש ליתן להוראות הרישיונות פרשנות זהה, וזאת חרף ההבדלים הניסוחיים הקלים הקיימים ביניהם. אף על פי כן, כאמור, ניתנו פרשנויות הפוכות וסותרות ע"י משרד התקשורת וע"י מועצת הכבלים והלוויין. סבורני כי מצב זה של פרשנויות סותרות של הרישיונות שניתנו לחברות השונות אינו יכול לעמוד, ואפרט.

בשנים האחרונות מציעים מפעילי התקשורת השונים תכניות משולבות של טלפון, שירותי אינטרנט ושירותי טלוויזיה רב ערוצית. בנסיבות אלה אין להטיל חובות שונות על החברות ביחס לשירותים השונים, שבבסיסם איסור על הפליה והגברת התחרות. לא ניתן להצביע במצב זה על כל הצדקה עניינית לכך שמשרד התקשורת יאסור על חברות האינטרנט והסלולר לבצע אבחנת מחירים שהתירה מועצת הכבלים והלוויין כי תבוצע ע"י חברות הטלוויזיה הרב ערוצית.

דברים דומים באו לידי ביטוי גם במכתבו של מנכ"ל משרד התקשורת עצמו שנזכר לעיל. היינו, מנכ"ל משרד התקשורת סבור אף הוא כי יש להגיע להאחדה ברישיונות, ולבטח בפרשנותם.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

כך, במכתבו של מנכ"ל משרד התקשורת מיום 21.4.16, בו הזכיר את עמדותיהן הסותרות של משרד התקשורת מזה ושל המועצה ושל רשות ההגבלים העסקיים מזה, ציין הוא, כי:

**"אני סבור שיש לשקול גיבוש כללים שיביאו להאחדה של הרגולציה לגבי כלל הגורמים הרלבנטיים, באופן שיעלה בקנה אחד גם עם שינויים ותמורות בשוק".**

ובניגוד לעמדת היועמ"ש בה טען כי שוק הטלוויזיה שונה מתחום הרט"ן וכי אין להסיק גזירה שווה משוק הטלוויזיה בכבלים לשוק הרט"ן, הביע משרד התקשורת עמדה שונה והפוכה בעמדה שהגיש לבית המשפט ביום 22.9.16 ובה צויין (בסעיף 28), כי:

**"בעת הבחינה שתבצע בעקבות הליך ה- RFI יילקח בחשבון השיקול של האחדה של האסדרה בין תחומי התקשורת השונים, זאת נוכח המגמה של שיווק שירותי תקשורת בחבילות הכוללות מספר שירותים מתחומים שונים, המפוקחים ע"י משרד התקשורת וע"י המועצה לכבלים ולוויין".**

הנה כי כן, אף משרד התקשורת מודע לצורך ולחשיבות באחידות המונחים והפרשנות של המונחים ברישיונות המשיבות, לרבות איסור האפליה ובצורך לבחון את עמדתו מחדש נוכח עמדת מועצת הכבלים והלוויין. נוכח כלל האמור והמפורט לעיל, יש לבחור אפוא בפרשנות אחידה, לרישיונות המשיבות כולן, אשר תחול על כלל רישיונות המשיבות.

כיון שאימצתי את פרשנות מועצת הכבלים והלוויין כי הפרשנות הראויה היא כי יש לאפשר הבחנת מחירים המעודדת תחרות, ודחיתי את פרשנות משרד התקשורת שלא הייתה מבוססת כנדרש, הרי שיש מקום לאמץ פרשנות דומה לגבי כלל רישיונות המשיבות.

זהו נימוק שני לכך שהמבקשים לא הצליחו לבסס אפשרות סבירה שהשאלות הנדונות יוכרעו לטובת הקבוצה.

### 13.2. עמדת הפסיקה בנוגע להפליית מחירים ותחרות

נימוק שלישי לדחיית הבקשה הינו עמדת בית המשפט לעניין הפליית מחירים התורמת לתחרות, כפי שבאה לידי ביטוי בפסק הדין בבג"ץ 2030/12 אורי הדר עו"ד נ' הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון משרד האוצר (פורסם בנבו, 2013). בעניין הדר נדונה ונדחתה טענה כי הפליית מחירים מבססת טענת הפלייה כללית בניגוד לאיסור על הפלייה במתן שירות, הנכלל גם בחקיקה לעניין קופות הגמל. בעניין הדר נדונה חוקיות הפרקטיקה הקיימת בכל הנוגע לגבייתם של דמי ניהול על-ידי קופות הגמל, דמי ניהול המשתנים בין העמיתים בהן, על-פי שיקול דעתן של הקופות.





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

העתירה הושתתה בעיקרה, על פרשנות העותר באשר להיקף תחולתו של סעיף 3 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005 הקובע כי:

"(א) חברה מנהלת תשמש נאמן על נכסי קופות הגמל שבניהולה, לטובת העמיתים.  
(ב) בניהול נכסי קופות הגמל, במתן שירות לעמיתיהן ובמילוי שאר תפקידיה לפי הוראות חוק זה, תפעל החברה המנהלת באמונה ובשקיפה לטובת כל אחד מהעמיתים, לא תפלה בין הזכויות המוקנות לאותם עמיתים ולא תעדיף כל עניין וכל שיקול על פני טובתם".

העותר טען כי הסעיף כפשוטו, אוסר על כל הבחנה בין עמיתי הקופות, וחל ממילא גם על הפליה בדמי הניהול הנגבים מהם. העותר טען, כי בניגוד לכך, קופות הגמל אינן נוהגות שוויון בדמי הניהול הנגבים מן העמיתים, וכי תופעה זו באה לידי ביטוי בעיקר כאשר קופות הגמל פועלות ל"גיוס" קבוצות גדולות של עמיתים המצטרפות אליהן במסגרת הסדר בעל אופי קבוצתי (כדוגמת עובדים המיוצגים על-ידי ועדי עובדים גדולים). הוא הוסיף וטען כי דמי הניהול הנמוכים הנגבים מחלק מן העמיתים באים, כך ניתן להניח, על חשבונם של עמיתים אחרים, מתוך הנחה שהחברה המנהלת מבקשת בסופו של דבר להרוויח מפעילותה (פסקה 3 לפסק הדין). הסעדים שהתבקשו בעתירה כוונו לכך שהמשיב יורה לקופות להורות על גביית דמי ניהול שווים, וכן יורה להן לנהוג בשקיפות בעניין זה.

בית המשפט (מפי השופטת דפנה ברק-ארז, בהסכמת השופט אליקים רובינשטיין, והמשנה לנשיא (לימים הנשיאה) מ' נאור), דחה את טענת ההפליה בקובעו כי האיסור על הפליה שקובע סעיף 3 לחוק נועד למנוע הענקת זכויות בנכסיה של קופת הגמל לעמיתים מסוימים על חשבונם של עמיתים אחרים, ואולם, דמי הניהול אינם נוגעים לזכויות העמיתים בנכסי הקופה, אלא להתחשבות בין החברה המנהלת אותה לבין כל אחד ואחת מן העמיתים ומכאן שהחוק איננו אוסר על גביית דמי ניהול משתנים (פסקאות 11-12 לפסק הדין):

"העתירה הושתתה כאמור, בעיקרה, על סעיף 3 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים. העותר הניח כי ההוראה האוסרת על הפליה בזכויות הניתנות לעמיתי הקופות חלה גם על גבייתם של דמי הניהול. לאחר שבחנו את הדברים הגענו לכלל דעה כי פרשנות זו של העותר אינה משקפת את תכלית החוק, כמו גם את ההיסטוריה החקיקתית שלו. אנו סבורים כי האיסור על הפליה שקובע סעיף 3 לחוק נועד למנוע הענקת זכויות בנכסיה של קופת הגמל לעמיתים מסוימים על חשבונם של עמיתים אחרים. פרשנות זו עולה מתכלית החוק ומן הרקע לחקיקתו. אולם, דמי הניהול אינם נוגעים לזכויות העמיתים בנכסי הקופה, אלא להתחשבות בין החברה המנהלת אותה לבין כל אחד ואחת מן העמיתים."  
(הדגשות הוספו- מ' א' ג')

בהמשך מפרטת כב' השופטת ד' ברק-ארז את הנימוקים לקביעה האמורה. הנימוק הראשון הינו כי דמי הניהול אינם נכס המנוהל עבור העמיתים, אלא תשלום המשולם לחברת הביטוח ומשמש לכיסוי הוצאותיה ולהשאת רווחיה. בית המשפט הדגיש כי הדבר דומה לדמי שירות המשולמים



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

לגורמים אחרים דוגמת בנקים וחברות ביטוח, אשר לא חל עליהם איסור להציע מחירים שונים ללקוחות שונים בהתאם לשיקוליהם הכלכליים (פסקה 13):

"דמי הניהול אינם נכס המנוהל עבור עמיתי קופת הגמל, אלא תשלום המועבר לחברה המנהלת ומשמש לכיסוי הוצאותיה ולהשאת רווחיה. ממילא סעיף 3 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים אינו חל עליהם. בהיבט זה, תשלום דמי הניהול על-ידי העמיתים אינו שונה מדמי שירות הניתנים על-ידי גורמים כלכליים אחרים – בנקים, חברות ביטוח ועוד. במצב הנוהג, ככלל, נותני שירותים אינם כפופים לאיסור להציע מחירים שונים ללקוחות שונים, בהתאם לשיקוליהם הכלכליים. בנקים, למשל, עשויים להציע ריביות שונות ללקוחות שונים, על-פי חישוביהם הכלכליים, ובכלל זה חישוב הנוגע לגיוס לקוחות חדשים בעלי היקף נכסים גדול".

(הדגשות הוספו- מ' א' ג').

הנימוק השני להתרת גביית דמי ניהול שונים הינו לצורך הגברת התחרות בשוק הביטוח (שם, בפסקה 14):

"ההיסטוריה החקיקתית של חוק שירותים פיננסיים, ובכלל זה דו"ח ועדת בכר, לא כוללים כל אינדיקציה לכך שאחת מן הרפורמות שנדונו באותה עת נגעה להנהגתם של דמי ניהול אחידים לכלל העמיתים בקופות הגמל. למעשה, היפוכם של דברים הוא הנכון. הן דו"ח ועדת בכר והן הצעת החוק התבססו על הרציונאל של הגברת התחרות בשוק קופות הגמל, מתוך הנחה שכוחות השוק ויכולת המיקוח של העמיתים, לצד שימוש בכללים רגולטוריים שיקבעו מהו השיעור המקסימאלי של דמי הניהול שאותו רשאיות קופות הגמל לגבות, יביאו לכך שבסופו של יום דמי הניהול שייגבו יהיו אופטימאליים".

(הדגשות הוספו- מ' א' ג').

הנימוק השלישי, היפה אף לענייננו, הינו כי גביית דמי ניהול משתנים לא זו בלבד שאינה פוגעת בעמיתים להם לא ניתנה הנחה בדמי הניהול, אלא שלא בהכרח נוצר מצב של "זה נהנה וזה חסר" (שם, בפסקה 15):

"חשוב לשים לב לכך שדמי ניהול מופחתים הניתנים לחלק מן העמיתים אינם באים בהכרח על חשבונם של עמיתים אחרים. אכן, לכאורה דמי ניהול אלה נגרעים מן הרווח של החברה המנהלת, אולם סך רווחיה של החברה אף עשוי לעלות במקרה שבו היא מצליחה בגיוס עמיתים חדשים, ומנהלת נכסים פיננסיים בהיקף גדול. על כן, בעוד שהנחתו של העותר הייתה שאם זה נהנה – זה חסר, הלכה למעשה, מצב הדברים יכול להיות מורכב יותר, ולהשתנות בהתאם לנסיבות. במלים אחרות, היחס בין ההפחתה בדמי הניהול לחלק מן העמיתים להעלאתם או אי-הפחתתם לאחרים אינו ישיר ואינו הכרחי. לפיכך, שוויון בתשלום דמי הניהול לא יביא בהכרח להפחתתם והוא אף עלול לפגוע בתחרות בין קופות הגמל".

הנה כי כן, במצב זה בו לא הוכח כי זה נהנה וזה חסר, ולא הוכח כי גביית דמי ניהול משתנים באה בהכרח על חשבון גבם של העמיתים אשר לא קיבלו את אותה הנחה על דמי שימוש- נדחתה טענת ההפליה.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוח נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

מפסק הדין בעניין הדר, ניתן ללמוד לענייננו, כי לאור עיקרון התחרות, ככל שיוכח כי הלקוחות החדשים והלקוחות המתמקחים מעודדים תחרות, ולא פוגעים בה, הרי שניתן לראות בהם סוג לקוחות אשר מותר להבחין ביניהם לבין אחרים, על דרך של הפליית מחירים.

4

### 13.3 חוות דעת המומחים תומכות בעמדת המשיבות

המומחים מטעם המשיבות הגישו שתי חוות דעת שהגיעו באופן עצמאי לאותה מסקנה אליה הגיעה מועצת הכבלים והלווין, בהתבסס על עמדת רשות התחרות וחוות דעת כלכליות נוספות. המבקשים לא הגישו חוות דעת דומות מטעמם, ובחרו להתבסס על עמדת משרד התקשורת, שנדחתה כיוון שלא הייתה מבוססת כנדרש.

10

### 13.3 א. חוות דעת ד"ר אסף כהן

חברת פרטנר הגישה חוות דעת מטעם ד"ר אסף כהן, לשעבר סמנכ"ל בכיר כלכלה ותקציב במשרד התקשורת. חוות הדעת נסמכת על מחקר כלכלי מעמיק של הסוגיה ושל שוק הרט"ן בישראל. ד"ר כהן מצביע בחוות דעתו על טעמים סבירים המצדיקים את האבחנה בין מנויים חדשים לקיימים ועל התרומה של אבחנה כאמור שבוצעה ע"י חברות הסלולר לתחרות ולהורדת המחירים.

16

בפרק ב' בוחן ד"ר כהן את ההצדקה הכלכלית לאבחנה במחירים, הנובעת מהשוני במאפייני הביקוש בין מנויים קיימים למנויים חדשים ולמנויים השוקלים לנטוש, ממבנה העלויות בשוק הסלולר, המאופיין בעלות קבועה גבוהה ומעלות משתנה נמוכה כך שגיוס לקוח חדש או שימור לקוח קיים במחירים נמוכים תורם לכלל המנויים, ומהצורך לפצות כלכלית את הלקוחות החדשים כתוצאה מעלות המעבר בין החברות. בפרק ג' הוא בוחן כיצד השפיעה האבחנה במחירים על הלקוחות ועל התחרות בשוק הרט"ן על דרך של הגדלת התחרות במחירים בין החברות הוותיקות לבין עצמן, ובין החברות הוותיקות לחדשות, כך שהמחירים הנמוכים שהוצעו ללקוחות החדשים הובילו להורדת מחירים גם ללקוחות קיימים. בהתאם לניתוח שערך, אילו היה נאסר על החברות להציע הצעות מיטיבות ללקוחות חדשים וללקוחות השוקלים לנטוש הייתה התוצאה הפחתת התחרות בשוק והתייצבותו על רמת מחירים גבוהה מהרמה הנוכחית. הוא מדגים זאת בהמשך באמצעות בחינת המקרה של פרטנר (ראו עמ' 1-2 לחוות דעתו).

28

לדבריו, ישנו טעם סביר להבחין בין קבוצת הלקוחות החדשים לבין קבוצת הלקוחות הקיימים, ממספר סיבות עיקריות ראשית, עקב השוני במאפייני הביקוש של שתי הקבוצות. שנית, בשל הירידה בעלות הממוצעת ללקוח של החברה, הנובעת מגיוס הלקוחות החדשים, המיטיבה גם עם קבוצת הלקוחות הקיימים. זאת, בשל תרומתם של הלקוחות החדשים לכיסוי מרכיב העלויות הקבועות, המהווה חלק ניכר מכלל העלויות של מפעיל סלולארי. שלישית, בשל הצורך לפצות את



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 המנוי החדש על ההוצאות הכרוכות במעבר בין החברות, וזאת על מנת להבטיח את כדאיות המעבר  
2 (ראו עמ' 8 ו-28-29 לחוות דעתו).

3  
4 היינו, חוות הדעת של ד"ר כהן תומכת בטענה לפיה קיימת שונות רלוונטית בין הלקוחות השוללת  
5 קיומה של אפליה, וכי פרסום ההטבות ללקוחות חדשים וללקוחות מתמקחים תפגע בתחרות.

6  
7 3.13. ב. חוות דעתו של הכלכלן, מר פרלמן

8 חו"ד של הכלכלן, מר פרלמן, שהוגשה מטעם פלאפון מבססת מסקנות דומות. מר פרלמן מסביר  
9 (בעמ' 7 לחוות הדעת), כי :

10 **"גביית מחירים שונים מלקוחות יכולה להיות פוגענית רק כאשר היא מביאה לאחת**  
11 **מהתוצאות הבאות: 1. לדחיקת מתחרים מהשוק. 2. או כאשר היא אינה מביאה**  
12 **להגדלת תפוקה אלא לנטילת נתח גדול מעודף הצרכן לטובת היצרן".**  
13

14 בהמשך הוא סוקר גישות ותיאוריות שונות מתחום כלכלת התחרות (ראו עמ' 17 ואילך). הוא מוסיף  
15 ומציין כי (סעיפים 49-50, עמ' 20) :

16 **"המינוח הכלכלי של "אפליית מחירים" (price discrimination) אינו**  
17 **מקביל למינוח המשפטי של "אפליה" (שעניינו יחס שונה אל שווים). המינוח**  
18 **הכלכלי של אפליית מחירים מתייחס לכל מצב שבו נגבים מלקוחות שונים**  
19 **מחירים שונים, שאינם משקפים את השוני בעלויות השוליות, בכמות, באיכות**  
20 **או במאפיינים אחרים של המוצר או השירות המסופק. בהקשר זה יובהר גם**  
21 **כי על פי ההגדרה הכלכלית, אפליית מחירים מתייחסת לדוגמא גם במצב שבו**  
22 **נגבים מחירים אחידים מלקוחות שיש הבדל בעלות האספקה השולית שלהם"**  
23

24 עוד הוא מציין כי לקוחות מתניידים ומתמקחים משתייכים לקבוצת לקוחות רגישי מחיר ברמות  
25 שונות לעומת לקוחות אחרים שהינם אדישי מחיר. מתן הטבות ללקוחות אלה אינו מוביל לנטילת  
26 עודף מהצרכן והעברתו לפלאפון, אלא מביא להגדלת היקף השירותים הסלולאריים הנמכרים  
27 לציבור מבלי שחלק מסויים בציבור משלם מחיר גבוה יותר מאשר המחיר משלם לו המחירים בשוק  
28 היו אחידים (עמ' 16-17 לחווה"ד).

29  
30 מר פרלמן מתבסס על נתונים כמותיים משוק הסלולר, ועל סמך הניתוח הכלכלי אמפירי שהוא  
31 מבצע, הוא מגיע למסקנה כי התנהגות פלאפון אינה דוחקת מתחרים מהשוק וכי תוצאת ההתנהלות  
32 של חברות הרט"ן הינה הגדלת התפוקה (צירוף לקוחות חדשים והגדלת השימוש בשירותי סלולר  
33 ע"י לקוחות), דבר הפועל לטובת הציבור אשר לא נגרם לו כל נזק.  
34  
35



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

לעומת זאת, כך הוא מסיק, מחירים אחידים צפויים להביא להעלאת המחירים ללקוחות ולפגיעה בתחרות (עמ' 9 לחווה"ד, סעיפים 18-19):

"חייב פלאפון במחירים אחידים אינו עולה בקנה אחד עם שיקולי התחרות ועלול היה להביא, לאור מאפייניו האוליגופוליים, לפגיעה בתחרות בשוק הסלולר, לעליית מחירים ובעקבות זאת להקטנת התפוקה. חייב פלאפון במחירים אחידים כפי שדורש המבקש, אין משמעו שהמחירים לכל הלקוחות יירדו למחיר הנמוך הקיים ללא אחידות מחירים, אלא להיפך- המחירים הניתנים ללקוחות המשלמים כיום מחיר נמוך יותר- יעלו".

מחוות הדעת עולה אפוא, בדומה לפסק הדין בעניין הדר, כי המדובר במצב של win-win שבו כלל הלקוחות זוכים, הן המתמקחים והן אלה שאינם מתמקחים, הן מקבלי ההטבות והן אלה שלא זכו להטבה.

הנה כי כן, גם המומחים תומכים במסקנה לפיה פרשנות הרישיונות, לאור עקרון התחרות, תומך בכך שאבחנות המחירים שנעשו, עומדות בתנאי הרישיון. זהו נימוק נוסף לדחיית טענות המבקשים.

### 13.4. פרסום ההטבות ללקוחות חדשים ומתמקחים

כפי שצינתי בפתיח דבריי, השאלה אם יש מקום לפרסם את ההטבות הניתנות ללקוחות חדשים וללקוחות מתמקחים גם היא נוגעת לתחרות, וגם היא הוכרעה ע"י מועצת הכבלים והלווין לטובת המשיבות.

המומחים גם הם תומכים בכך שפרסום אותן הטבות יפגע בתחרות. אשר לסוגיית **שקיפות המחירים** מציין ד"ר אסף כהן (ראו בעמ' 27), כי אומנם יש לשקיפות יש יתרון ברור שכן הפרסום מקל על הציבור להשוות בין הצעות החברות השונות ולעבור בקלות בין ספקים; ואולם יש לו גם חסרונות: שקיפות מחירים בשוק אוליגופולי מקלה על יצירת תיאום משתמע בין מתחרים ופוגעת ביכולת החברות להתאים את המחירים בהתאם למאפייני הביקוש של הלקוחות. כך לדוגמא, חובת פרסום ביחס להצעות המשמשות למניעת נטישה תמנע מהחברות אפשרות להציע הצעות לשימור שכן אם כל לקוח ידע מראש מהי ההצעה המיטבית שיוכל לקבל אילו יאיים בנטישה, הרי שיבקשו אותה מנויים כה רבים עד שבסופו של דבר תימנע מהחברות היכולת להציע הצעות שימור, אשר תורמות לתחרות. מסקנתו הינה כי **החסרונות בחובת שקיפות ופרסום עולים על היתרונות** (שם בעמ' 28):

"שקיפות מחירים בהיבט של פרסום פומבי של תנאי כל התוכניות עלול לפגוע ברווחת הצרכנים, מאחר שיתרון הנובע מחיסכון בעלויות החיפוש וההשוואה הינו נמוך ביחס לחיסרון, המתבטא בביטול האפשרות להציע לצרכנים הצעות מיטיבות בתהליכי גיוס הלקוחות והשימור בהתאם למאפייני הביקוש".



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

ומר פרלמן, בהתייחס לסוגיית שקיפות המחירים מציין (סעיף 20 לחו"ד, בעמ' 9):

"לשקיפות מחירים יש יתרונות (כגון שקיפות המחירים כלפי הצרכנים), ובצידם חסרונות תחרותיים. בתנאים הספציפיים של שוק הסלולארי כיום שקיפות מחירים שבצידה אחדות מחירים כפויה ללקוחות המפעיל הסלולארי, כמו זו שדורש המבקש, צפויה להוביל לאחדות מחירים בין המתחרים ואיננה טובה לתחרות בשוק. חשוב להבין, כי בשוק הסלולארי בישראל כיום יש שקיפות של התעריפים כלפי הצרכנים. לאור מאפייניו האוליגופוליים של שוק הסלולארי, על מנת לשמר את התחרות בשוק, חשוב לשמור את הפן החיובי- היכולת לתת הנחות שאינן ידועות למתחרים. כפיית אחדות מחירים לא תגביר באופן משמעותי את שקיפות המחירים כלפי הצרכנים, אבל תגביר עד מאוד את שקיפות המחירים בין המתחרים".

היינו, גם לעניין זה לא הראו המבקשים כי יש סבירות שהסוגיות שבמחלוקת יוכרעו לטובתם.

### 13.5 סיכום: אין זה סביר כי השאלות שבמחלוקת יוכרעו לטובת הקבוצה

לגבי YES והוט – לגביהם אמצתי את חוות דעת המועצה, ועל כן אין אפשרות סבירה כי התובענות נגדן יוכרעו לטובת המבקשים, ודין הבקשות נגדם להידחות.

אשר ליתר המשיבות, משנדחתה עמדת משרד התקשורת, וכאשר כל יתר הראיות מצביעות על כך שאין לקבל את טענת המבקשים (חו"ד רשות התחרות וחוות דעת המומחים) לטענת האפליה.

בנסיבות אלה, הרי שלא ניתן לומר כי מתקיים התנאי ולפיו קיימת אפשרות סבירה כי התובענה תוכרע לטובת הקבוצה. די באמור כדי לדחות בקשות האישור, ואולם אמשיך ואבחן אף התנאי הנוסף בסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות: תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה והצודקת להכריע בסוגיות שעל הפרק, שכן, לטעמי, גם תנאי זה אינו מתקיים.

### 14. תובענה ייצוגית אינה הדרך הצודקת והיעילה להכריע בסוגיות שעל הפרק

סבורני, כי לא מתקיים בנדון התנאי ולפיו תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה והצודקת להכריע בתובענות, וזאת לאור מורכבות השאלות הנוגעות לתחרות ועמדותיו המשתנות של משרד התקשורת, שמשך השנים לא הביע המשרד כל התנגדות לדרך התנהלות החברות כמפורט בבקשות האישור ולא נקט כל עמדה סדורה בעניין זה.

### 14.א. מורכבות סוגיית התחרות

סוגיית התחרות בשוק הטלקום היא סוגיה מורכבת, כפי שעולה מחוות הדעת עליהן התבססה המועצה לכבלים ולוויין. אפליית מחירים אסורה בחוק בתחרות הכלכלית, רק על מונופול, שכו אפליית מחירים של בעל כוח מונופוליסטי פוגעת בתחרות. במקרים אחרים אפליית מחירים יכולה





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

להגביר את התחרות, ולהוזיל את המחירים לכלל הלקוחות. אולם, יתכנו מקרים בהם קביעת מחיר אחיד תיטיב יותר עם הצרכנים. חוות הדעת שעמדו לפני המועצה מעידות על היתרונות והחסרונות בכל אחת מהשיטות.

שאלה נוספת שהתעוררה בשולי הדברים היא האם צרכנים מקבוצות מוחלשות אינם נפגעים, שכן הם אינם לקוחות חשובים ליתן להם הטבות כדי שישארו, או למשוך אותם לעבור, והם אינם מתמקחים עם ספקי השירות. מרבית חוות הדעת מראות כי תחרות הכוללת אפליית מחירים תזויל גם להם את השירות אולם, גם זוהי שאלה לא פשוטה.

שאלות מורכבות מעין אלו, שיש להן גם השלכות חברתיות, ראוי כי יתקבלו בידי המאסדר, הדן בתחום כולו. זו הסיבה הראשונה לכך שתובענה ייצוגית אינה הדרך הצודקת והיעילה לדון בסוגיות אלו.

### 14. ב. עמדותיו המשתנות של משרד התקשורת

הנימוק השני, הוא העמדות המשתנות של משרד התקשורת בסוגיה זו. בתי המשפט הכירו במקרים רבים בעקרון ההסתמכות, המקנה לגוף שהסתמך על עמדת הרשות בזמן אמת הגנה מפני יישום בדיעבד של פרשנות שונה להוראות הדין. הוא הדין במצב של אי בהירות ששררה בנוגע לפרשנות הוראות החוק אשר נטען בבקשת האישור כי הופרו. במצב זה, כך נקבע, היות והמשיב נהג לכאורה כדין בתקופה הרלבנטית לתובענה (או לכל הפחות לא ברור האם נהג כדין אם לאו בשל פרשנות לא בהירה שנהגה), אזי אין אפשרות סבירה כי השאלה שבמחלוקת תוכרע לטובת הקבוצה.

ראו לדוגמא עניין אי. אר. אם אשר נסיבותיו הובאו ופורטו בהרחבה לעיל וכן ראו את שנאמר בת"צ (מחוזי מרכז) 29864-09-14 ברק גולן נ' תפוזנט - פתרונות לשיווק ופירסום בע"מ (פורסם בבנו, 09.01.2017, פסקה 111 לפסק דינה של כב' השופטת מיכל נד"ב).

"בשל האמור אני מוצאת לקבוע כי חרף העובדה שמצאתי לעניין שאלה אחת מאלה שבמחלוקת כי יש אפשרות סבירה שתוכרע לטובת הקבוצה, הרי שלא מתקיים התנאי המצטבר הדרוש בסעיף 8(א)(2) בחוק תובענות ייצוגיות. אני סבורה כי נוכח אי הבהירות ששררה בנוגע להוראות החוק, תובענה ייצוגית אינה הדרך ההוגנת להכריע במחלוקת, בגין שוברים שהונפקו בתקופה עובר להבהרה של הגוף הרגולטורי הרלבנטי. אני סבורה כי מקום שהגוף הרגולטורי - הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן - מצא לפרסם חוות דעת מבהירה לאחר שהגיע למסקנה כי קיימת אי בהירות בהוראות הדין, ואף מצאה ליתן לעוסקים בתחום זמן התארגנות לאחר ההבהרה באופן שלא תבוצע אכיפה במשך תקופת ההתארגנות, יהיה זה בלתי הוגן להכריע במחלוקת בנסיבות אלה במסגרת תובענה ייצוגית"



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 (ראו גם: ת"צ (מחוזי מרכז) 12963-12-11 אושרת שמעון נ' איי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ  
2 (פורסם בנבו, 27.10.2016, פסקה 83 לפסק דינה של כב' השופטת מיכל נד"ב; ת"צ (מחוזי מרכז)  
3 17818-04-14 מירב שמאי קניג נ' "הראל" - חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 13.08.2017,  
4 פסקאות 86-87 לפסק דינה של כב' השופטת מיכל נד"ב).

5  
6 במקרה שלפניי אף אין עילה שסביר שתוכרע לטובת הקבוצה (במאמר מוסגר אציין, על אף  
7 שהשאלה לא נדונה בשלב זה, כי אם הנתונים בדבר תחרות והוזלת מחירים נכונות, יהיה קשה גם  
8 להוכיח נזק).

9  
10 בנדון משך השנים, וכפי שפורט לעיל בהרחבה, לא זו בלבד שלא הביע המשרד התנגדות לדרך  
11 פעולתן של החברות אלא שאף עודד לקוחות להתמקח, וכן ציין בתגובותיו לפניות הציבור כי אבחנה  
12 בין לקוחות חדשים לקיימים הינה מותרת. בנסיבות אלה, ומשפעלו החברות המשיבות בהתאם  
13 לעמדת המשרד כפי שהובעה בפניהן יהיה זה בלתי הוגן להכריע במחלוקת בנסיבות אלה במסגרת  
14 תובענה ייצוגית.

15  
16 לא זו אף זו. כאמור לעיל, משרד התקשורת הודיע כי הוא יושב על המדוכה ושוקל מחדש עמדתו  
17 ביחס לפרשנות הרישיונות. בפסיקה נקבע כי חקיקה שיפוטית אינה רצויה במקום בו המחוקק  
18 שוקל מחדש עמדתו.

19  
20 כך צויין לאמור בעניין זליגמן (פסקה 37 לפסק דינה של כב' השופטת יעל וילנר) כי:

21 **"בעת הזו כאשר משרד התקשורת בוחן את האסדרה הכוללת של הסוגיה בדרך של**  
22 **התקנת תקנות, אין זה רצוי מבחינת המדיניות השיפוטית הראויה לקבוע רובד**  
23 **כמותי קונקרטי חדש לרישיון המשיבה, כעתירת המבקשים..."**  
24

25 יפים לעניין זה הדברים שנאמרו בדנ"א 4693/05 בי"ח כרמל-חיפה נ' עדן מלול, פ"ד סד(1) 533  
26 (2010, פסק' 14 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה):

27 **"שאלות אלה – והן אינן מתיימרות למצות את מכלול היבטיו של העניין – אינן**  
28 **ניתנות, מטבע הדברים, לבחינה כוללת ומקיפה במסגרת חקיקה שיפוטית. הן**  
29 **מחייבות ליבון רחב ומעמיק בהליך חקיקתי כולל. הן מצדיקות שיתוף גורמים**  
30 **מקצועיים בהליך הבחינה, ומתן מעמד לגורמים שונים מן הציבור שיש להם ענין**  
31 **ומעורבות במשמעויות שהשינויים המוצעים גוררים אחריהם. מדובר בענין שאינו**  
32 **צומח צמיחה אינטגרלית טבעית מן המשפט הקיים, אלא מהווה מהפך תפיסתי**  
33 **עמוק, ששורשיו ישתרגו לעבר השיטה כולה. הגישור על פני הפער בין הדין הקיים**  
34 **לבין צרכי החיים והמציאות צריך למצוא את פתרונו במעשה חקיקה, לאחר בחינת**  
35 **מכלול ההיבטים, ותוך שיתוף כל הגורמים הנוגעים בדבר. מהותם של שיקולי**  
36 **המדיניות המשפטית בנושא זה הם כה רחבים עד כי בכלים השיפוטיים הקיימים**  
37 **קשה יהיה להקיפם במלוא רוחבם ועומקם (שופט בחברה דמוקרטית, בעמ' 75).**



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

רפורמה מוצעת המביאה לשינוי מהותי בתפיסת האחריות האזרחית והסעדים הניתנים בגינה, פרי מדיניות משפטית בעלת היבטים חברתיים, כלכליים ומוסריים, ראוי לה שתיעשה בדרך של חקיקה (אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25, 66-67 (1983)). אכן, עובדות "חקיקתיות" או "חברתיות" כלליות הנדרשות לרפורמה אינן מונחות, דרך כלל, בפני בית המשפט. מלוא רוחבן של שאלות המדיניות הרלבנטיות צריכות להתברר בהליך חקיקה" (פסקה 14 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה).

אמנם באותו עניין דובר בחקיקה ראשית, אך אני סבורה שהדברים יפים גם לענייננו, שעה שמדובר באסדרת שוק הטלקום כולו.

בנסיבות בהן גופים שונים מציעים כיום את כלל השירותים (חבילות משולבות), נוספו חברות שלא הציעו שירותים אלו כשנתנה חוות הדעת הראשונית של משרד נתקשורת (כמו סלקום טי.וי.) ואף מוצעים שירותים חדשים שייתכן שיש בהם להשפיע על התחרות (כמו נטפליקס ואפל טי.וי.), ברור הוא כי סוגיית התחרות בשוק הטלקום היא סבוכה ואין מקום כי בית המשפט הוא שיקבע את המצב הרצוי, וכיצד נכון, אם בכלל להתערב בהקשר זה. כך ככלל, כך לעניין אפליית מחירים.

ראוי הוא שהמאסדרים הרלבנטיים, בראשות משרד התקשורת, תוך הוועצות ברשות לתחרות, ובגורמים רלבנטיים נוספים (כמו ארגוני צרכנים) ולאחר קיום שימוע כנדרש, יגבשו מדיניות ויעגנו אותה בלשון אחידה ברישיונות.

נוכח כלל האמור והמפורט לעיל, מסקנתי היא כי לא מתקיים גם התנאי הנוסף הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות הקובע כי: **"תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין"**.

### 15. סוף דבר

משקבעתי כאמור לעיל כי לא מתקיימים התנאים שבסעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות אני דוחה את כל בקשות האישור.

אשר להוצאות, החלטתי לא לעשות צו להוצאות משני טעמים.

הראשון, משום שהבקשות הוגשו לאחר שהמבקשים פנו למשרד התקשורת (או הסתמכו על פניות כאמור), שעמדתו, לפחות בחלק מהמקרים, הייתה כי התנהלות המשיבות אכן מהווה הפרת הוראות הרישיון. היינו, הייתה למבקשים סיבה להניח שאם המאסדר עצמו סבור כי מדובר בהפרת



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 42754-05-11 כהן נ' סלקום; ת"צ 15868-08-12 אבידור נ' נטוויז'ן וסמייל; ת"צ 43187-10-12 אייזיק נ' בזק בינלאומי; ת"צ 53288-11-13 פרידמן נ' פלאפון; ת"צ 7263-12-13 יסאן ואח' נ' הוט; ת"צ 6121-09-14 דור נ' נטוויז'ן; ת"צ 5172-05-15 בלוך נ' פלאפון; ת"צ 5208-05-15 דה לנגה נ' פרטנר; ת"צ 62371-06-15 מזרחי נ' YES; ת"צ 48167-07-15 דה-לנגה נ' YES

1 רישיון, הרי שיש סיכוי טוב לתובענות. ההכרעה כנגד המבקשים, נבעה, במידה רבה, מהתנהלות  
2 משרד התקשורת, ואין להטיל עליהם את האחריות לעניין זה.

3  
4 שנית, מדובר בנושא חשוב ומורכב, שגם אם פסק הדין יתרום במשהו להסדרתו, תהיה זו תרומתם  
5 של הצדדים.

6  
7 על כן, על אף שהבקשות נדחו, איני עושה צו להוצאות. כל צד יישא בהוצאותיו.

8  
9  
10 ניתן והודע לצדדים היום, י"א כסלו תש"פ, 09 דצמבר 2019.

11

מיכל אגמון-גונן, שופטת

12

13

14

15