

בעניין:

1. חיים פרג, ת.ז. 051848174
ע"י ב"כ עוה"ד איידן תירוש ושות'
רח' הירקון 167, ת.ד. 6262, תל אביב 61062
טל' 03-5246141; פקס' 03-5246703

המבקש;

- נ ג ד -

בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, ח.צ. 520031931
רח' מנחם בגין 132, מרכז עזריאלי 2 (המגדל המשולש)
תל אביב 61620

המשיבה;

בקשה לאישור תובענה ייצוגית

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 8 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2005, ולאשר את ניהול התובענה, בגדרה מוגשת בקשה זו, כתובענה ייצוגית; לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 10(א) ולהגדיר את הקבוצה התובעת בשמה מוגשת בקשה זו בהתאם למפורט בבקשה זו; להורות על מתן סעדים לטובת חברי הקבוצה המוגדרת בבקשה זו; והכול כפי שמפורט להלן.

א. מבוא

1. בקשה זו עוסקת בפגיעה מכוונת וחרیפה בתחרות בשוק הטלפוניה הנייחת.
2. בזק פועלת בשוק הטלפוניה הנייחת, בו יש לה מעמד של מונופולין, באינטגרציה אנכית. לבד מכך שהיא מספקת שירותי טלפוניה נייחת באופן ישיר לצרכני הקצה, בזק גם מספקת שירותי תשתית לאינטרנט, המהווים תשומה הכרחית למתחרותיה המספקות שירותי טלפוניה נייחת בטכנולוגיית VoB (העברת קול על גבי תשתית האינטרנט).
3. ודוק, בזק בעלת מעמד של מונופולין גם בשוק התשתית לאינטרנט. בזק אפוא שולטת בתשומה אשר הכרחית בכדי לאפשר למתחרותיה לפעול בשוק הטלפוניה הנייחת.
4. בזק ניצלה אינטגרציה אנכית ומונופוליסטית זו בכדי לתמחר את שירותיה באופן שהגביל את יכולת מתחרותיה להציע שירותי טלפוניה נייחת במחירים תחרותיים. כך, במסגרת מבצע שהשיקה בתחילת שנת 2011 ולמשך תקופה של שנה, גבתה בזק **סך כולל של 19.90 ש"ח** בלבד בגין שירותי טלפוניה נייחת הכוללים חבילה של 200 דקות שיחה. לעומת זאת, במהלך אותה תקופה גבתה בזק **סך של 25 ש"ח** בגין שירותי התשתית לאינטרנט בלבד, דהיינו עבור תשומה שהיא הכרחית לפעילותן של מתחרותיה בשוק.
5. כלומר, בכדי שמתחרות בזק תוכלנה להתחרות בבזק במהלך תקופת המבצע, לא זו בלבד שהיה עליהן להציע מחיר שלא היה מאפשר להן לכסות אפילו את עלויותיהן, אלא שהיה עליהן גם לסבסד עבור הלקוח את עלות התשתית המהווה תשומה הכרחית לקבלת השירות.

6. זהו מקרה קיצוני של אסטרטגיית תמחור בלתי הוגנת המכונה 'הצרת מרווחים' (margin squeeze), כאשר המרווח בין מחיר התשומה למחיר הקמעונאי הוא שלילי, והוא עולה באופן מובהק לכדי ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי. כך קבע באופן מפורש מ"מ הממונה על הגבלים עסקיים, ד"ר אסף אילת, בקביעתו מיום 16.11.2014, לפיה בזק ניצלה את מעמדה בשוק לרעה (להלן: "קביעת הממונה").
- העתק קביעת הממונה מסומן "א" ומהווה חלק בלתי נפרד מהתצהיר התומך בבקשה זו.
7. בהתנהלותה זו, דחקה בזק את מתחרותיה והגבילה את יכולתן לגייס לקוחות ולהגדיל את נתח השוק שלהן, אפילו אם היו הרבה יותר יעילות ממנה, באופן שהיה מביא להפחתת מחירים ארוכת טווח בשוק הטלפוניה הנייחת כתוצאה מקיומה של תחרות משוכללת. ודוק, זו אינה אפשרות תיאורטית של השלכות התנהלותה של בזק אלא תוצאותיה המוכחות בפועל, כפי שעולה מקביעת הממונה המהווה ראיה לכאורה ומחוות דעתו של ד"ר קידר לוי התומכת בבקשה זו.

ב. רקע עובדתי

1.1. בזק ומעמדה המונופוליסטי בשוק התקשורת

8. בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ היא חברה ציבורית העוסקת באספקת שירותים בתחום התקשורת, לרבות, אספקת שירותי טלפוניה נייחת, תשתית אינטרנט, גישה לאינטרנט ועוד.
9. בזק הוקמה בשנת 1984 כחברה ממשלתית לצורך אספקת שירותי טלפוניה נייחת פנים ארצית. בשנת 2005 השלימה המדינה את הפרטת בזק.
10. עד להקמת בזק, המדינה סיפקה את שירותי הטלפוניה הפנים ארצית על גבי תשתית הטלפוניה שהייתה בבעלותה. מיד עם הקמתה, הועברה תשתית הטלפוניה לבעלות בזק וניתן לה מעמד של מונופולין סטטוטורי מכוח סעיף 50 לחוק הבזק, תשמ"ב-1982, שהעניק לה בלעדיות באספקת שירותי טלפוניה נייחת פנים ארצית.
11. בשנת 1995, על רקע פתיחת שוק התקשורת לתחרות באופן הדרגתי, הוכרזה בזק כבעלת מונופולין בתחומי עיסוקיה, לרבות באספקת שירותי טלפוניה נייחת פנים ארצית.
- העתק הכרזה על קיום מונופולין לפי סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1998, מיום 30.7.1995, מסומן "ב" ומהווה חלק בלתי נפרד מהתצהיר התומך בבקשה זו.
12. התפתחויות טכנולוגיות בעשורים האחרונים אפשרו לבזק לבצע הליך של התלכדות (convergence) בין שירותי תקשורת שונים, במסגרתו תשתית התקשורת שבבעלותה חדלה להיות מזוהה עם אספקת שירותי תקשורת יחיד (טלפוניה נייחת), והחלה לשמש לאספקת שירותי תקשורת שונים. כך, למשל, בזק הרכיבה על תשתית הטלפוניה הנייחת טכנולוגיית ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line) שאפשרה לה לספק באמצעותה גם שירותי תשתית לאינטרנט.
13. בשנת 2000, לאחר שקיבלה רישיון ממשרד התקשורת, החלה בזק לספק שירותי תשתית לאינטרנט (ADSL). באותה שנה הוכרזה בזק כבעלת מונופולין באספקת שירות זה.
- העתקי הכרזה על קיום מונופולין לפי סעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים מיום 6.11.2000, וההכרזה המתוקנת מיום 10.11.2004, מסומנים "ג" ומהווים חלק בלתי נפרד מהתצהיר התומך בבקשה זו.

14. כלומר, תשתית התקשורת שבבעלות בזק משמשת אותה גם לצורך אספקת שירותי טלפוניה נייחת, שוק בו היא מוכרזת כבעלת מונופולין, וגם לצורך אספקת שירותי תשתית לאינטרנט, שוק נוסף בו היא מוכרזת כמונופולין.

15. אספקת שירותי תשתית לאינטרנט היא תשומה הכרחית לצורך קבלת שירותי גישה לאינטרנט על ידי ספקיות האינטרנט (Internet Service Provider - ISP), כגון נטוויזן, 012 סמייל, בזק בינלאומי (חברת בת של בזק) ועוד. מלבד בזק, החל משנת 2002 גם חברת הוט מערכות תקשורת בע"מ מספקת שירותי תשתית לאינטרנט באמצעות תשתית בבעלותה.

16. ההכרזה על בזק כבעלת מונופולין באספקת שירותי תשתית לאינטרנט היא אפוא בעלת חשיבות מיוחדת. לא זו בלבד שבזק היא בעלת מעמד מונופוליסטי במקטע התשומות אלא שהיא גם פועלת תוך אינטגרציה אנכית גם במקטע הקמעונאי של אספקת שירותי הגישה לאינטרנט. עמד על כך הממונה על הגבלים עסקיים:

"חברת בזק תפעל כאן במעמד דואלי: בעל תשתית מונופוליסטית, ומתחרה באחרים על אותה התשתית. גופים המתחרים בחברת בזק ובנותיה יעשו זאת באמצעות תשתית השייכת לחברת בזק, והיא עצמה תתחרה בהם, בעצמה ובאמצעות בנותיה, באותו תחום ובאותו נושא על אותה התשתית. מצב זה הוא תולדת חיוב רגולטורי, שבלעדיו לא היתה בזק פותחת את תשתיתה בפני אחרים; לקיומו התקין, הוא מחייב פיקוח רגולטורי אפקטיבי. אדם הרי קרוב אצל עצמו, וקרוביו של אדם קרובים אליו; חברה אם קרובה לעצמה וקרובה לבנותיה, וקם חשש לפגיעה בתחרות בינה לבין אחרים הבאים לעשות שימוש הכרחי במתקניה."

ראה: הכרזה מיום 10.11.2004 (סומן "ג" לעיל), בעמ' 5.

17. התפתחויות טכנולוגיות נוספות במהלך העשור הקודם הובילו להליך התלכדות נוסף בשוק התקשורת, במסגרתו ניתן היה לספק שירותי טלפוניה נייחת באמצעות תשתית האינטרנט תוך שימוש בטכנולוגיית VoB (Voice over Broadband), המכונה גם VoIP (Voice over Internet Protocol – VoIP), חלף הקמת תשתית ייעודית לטלפוניה נייחת.

העתק מדיניות משרד התקשורת להסדרה ורישוי של אספקת שירותי טלפוניה באמצעות שירות גישה רחבת פס (VoB) מסומן "ד" ומהווה חלק בלתי נפרד מהתצהיר התומך בבקשה זו.

18. הווה אומר: בדיוק כפי שאספקת שירותי תשתית לאינטרנט היא בגדר תשומה הכרחית לאספקת שירותי גישה לאינטרנט, כך היא בגדר תשומה הכרחית גם לאספקת שירותי טלפוניה נייחת בטכנולוגיית VoB. יתרה מכך, לא זו בלבד שבזק פועלת באינטגרציה אנכית גם בתחום זה, אלא שהיא בעלת מעמד מונופוליסטי הן במקטע התשומות, באספקת שירותי תשתית לאינטרנט, והן במקטע הקמעונאי, באספקת שירותי טלפוניה נייחת.

19. עד לשנת 2008, בזק התנתה את אספקת שירותי תשתית לאינטרנט באספקת שירותי טלפוניה נייחת. התניה זו יצרה חסם משמעותי מפני הרחבת התחרות בשוק הטלפוניה הנייחת על ידי מתחרות בזק שסיפקו שירותי טלפוניה נייחת באמצעות טכנולוגיית VoB.

20. בחודש מאי 2008, ניתנה החלטת משרד התקשורת המחייבת את בזק לספק את שירותי התשתית

לאינטרנט ללא התניה באספקת שירותי טלפוניה נייחת. אספקת שירותי התשתית לאינטרנט כשירות נפרד כונתה על ידי משרד התקשורת שירות ADSL Only. בהחלטה זו ביקש משרד התקשורת "לתרום להתפתחות התחרות בתחום הטלפוניה הפנים-ארצית הנייחת" ולעודד את "התחרות בעיקר בטלפוניה הנייחת על תשתית VoB".

העתק הודעה לתקשורת של משרד התקשורת מיום 5.3.2008 מסומן "ה" ומהווה חלק בלתי נפרד מהתצהיר התומך בבקשה זו.

21. יש לציין כי בניגוד לרושם הנוצר בכינוי השירות כ-"ADSL Only", אין מדובר בשירות תחליפי לשירות התשתית לאינטרנט (ADSL). זהו שירות המסופק רק ללקוחות של מתחרות בזק בטכנולוגיית VoB בנוסף לשירות התשתית לאינטרנט, שגם הוא בגדר תשומה הכרחית לצורך אספקת שירותי טלפוניה נייחת בטכנולוגיית VoB. כפי שציין לעניין זה משרד התקשורת "שירות ה-ADSL Only אינו שירות העומד בפני עצמו, אלא הוא כרוך מעצם טיבו ברכישת שירות אחר נוסף של החברה, הוא שירות ה-ADSL, והפיצול בין השניים הינו מלאכותי" (סעיף 6 להחלטת משרד התקשורת מיום 6.3.2012, סומן "ז" להלן).

22. משרד התקשורת לא הטיל מגבלות על בזק בנוגע לקביעת מחיר שירות ADSL Only, שנקבע על סך של 25 ש"ח (כולל מע"מ) ולא השתנה במהלך השנים.

העתק מכתב מנכ"ל משרד התקשורת טרם שימוע, בנוגע ל"אספקת שירות גישה רחבת פס לספק גישה לאינטרנט ללא זיקה לשירות טלפון בסיסי [ADSL Only], מיום 20.12.2011, מסומן "י" ומהווה חלק בלתי נפרד מהתצהיר התומך בבקשה זו.

23. אולם, בעוד מחיר שירות ADSL Only נותר קבוע במהלך השנים, בזק הוזילה באופן משמעותי את תעריפי אספקת שירותי טלפוניה נייחת במסגרת מבצעים שונים. המחשה מוחצת לכך ניתן למצוא במבצע "200 דקות" נשוא התובענה שבנדון. בנסיבות אלו, שירות ADSL Only החמיץ לחלוטין את המטרה והשלכותיו על התחרות בשוק הטלפוניה הנייחת היו שליליות לגמרי. כך נקבע לעניין זה בהחלטת משרד התקשורת מיום 6.3.2012 (סעיף 4):

"מבדיקת המשרד עלה כי בעוד ש"בזק" מציעה למינוייה, במסגרת סלי תשלומים חלופיים ובמסגרת מבצעים, הנחות משמעותיות לתעריפים בעד שירותי הטלפוניה לרבות שירות קו מנוי-טלפון, היא אינה עושה כן ביחס לתעריף שירות ה-ADSL Only, אשר נותר כשהיה מאז נקבע השירות בשנת 2008; כן נמצא כי חל בשוק שינוי לעומת מצבו ערב קביעת השירות האמור, וזאת, בין היתר, באשר ניתנה ל"בזק" האפשרות להציע הנחות של עד 40% על תעריפי השירותים המפוקחים, נוכח הירידה בנתח השוק שלה. בנסיבות אלו, התעורר קושי בכל הנוגע לסבירות מבנה התעריפים של החברה בנוגע לשירות ADSL Only, ונדרשה בחינת השלכתו על התחרות בתחום הרלוונטי."

העתק החלטת משרד התקשורת, מיום 6.3.2012, מסומן "ץ" ומהווה חלק בלתי נפרד מהתצהיר התומך בבקשה זו.

24. לכן, משרד התקשורת קבע כי יש לבטל את שירות ADSL Only, תוך ביטול ההבחנה המלאכותית בין שירות זה לשירות התשתית לאינטרנט. תחת זאת נקבע כי יש לחייב את בזק לספק שירותי תשתית

לאינטרנט במחיר קבוע לכל לקוחותיה ללא קשר לשירותי הטלפוניה הנייחת שהם צורכים.

2. ב. הצרת המרווח הקמעונאי במבצע "200 דקות" של בזק

25. ביום 15.1.2011 הציעה בזק ללקוחותיה הקיימים בשירותי הטלפוניה הנייחת את מבצע "200 דקות", שהיה תקף במשך ארבעה חודשים עד ליום 14.4.2011. תנאיו של המבצע היו כדלקמן:

25.1. שירות טלפוניה נייחת במכסה חודשית של 200 דקות בתמורה לתשלום בסך של 19.90 ש"ח (כולל מע"מ) לחודש;

25.2. מעבר למכסה החודשית של 200 דקות, כל דקת שיחה נוספת ליעד נייח תחויב בתשלום בסך של 10 אג' (כולל מע"מ) וכל דקת שיחה נוספת ליעד נייח תחויב בתשלום בסך של 14.8 אג' (כולל מע"מ);

25.3. לאחר שישה חודשים, מכסה חודשית של 200 דקות בתמורה לתשלום בסך של 59.90 ש"ח (כולל מע"מ) לחודש. כל דקת שיחה נוספת תחויב בתשלום לפי סעיף 25.2 לעיל;

25.4. המבצע אינו מותנה בהמשך רכישת שירותי טלפוניה נייחת מבזק לאחר תום התקופה של ששת החודשים בהם נגבה התעריף המפוחת.

העתק תנאי מבצע "200 דקות" כפי שהופיע באתר האינטרנט "כמהזה?" להשוואת תעריפים בשוק התקשורת מסומן "ח" ומהווה חלק בלתי נפרד מהתצהיר התומך בבקשה זו.

26. מנגד, לכל אורך תקופת המבצע גבתה בזק בגין שירות ADSL Only, המהווה כאמור תשומה הכרחית לאספקת שירותי טלפוניה נייחת בטכנולוגיית VoB, מחיר של 25 ש"ח. כלומר, בזק גבתה בגין התשומה ההכרחית לאספקת שירותי הטלפוניה הנייחת בטכנולוגיית VoB **מחיר גבוה** מהמחיר הקמעונאי הכולל אותו היא גבתה מהצרכן בגין שירותי הטלפוניה הנייחת.

27. המחיר הקמעונאי של אספקת שירותי טלפוניה נייחת בטכנולוגיית VoB על ידי מתחרות בזק היה כדלקמן:

$$N + 25 + P$$

כאשר: N – מחיר שירות תשתית לאינטרנט; 25 ש"ח – מחיר שירות ADSL Only; P – מחיר שירותי הטלפוניה הנייחת בטכנולוגיית VoB.

28. לעומת זאת, המחיר הקמעונאי של אספקת שירותי טלפוניה נייחת על ידי בזק היה נמוך באופן משמעותי, כדלקמן:

$$N + 19.90$$

כאשר: N – מחיר שירות תשתית לאינטרנט; 19.90 ש"ח – מחיר שירותי הטלפוניה הנייחת.

29. מדיניות התמחור של בזק אפוא הובילה לנסיבות קיצוניות בהן, אפילו אם מתחרותיה של בזק היו מספקות את שירותי הטלפוניה בטכנולוגיית VoB **בחינם** (דהיינו, תוך נטרול רכיב ה-P מהמשוואה), עדיין המחיר הקמעונאי של בזק היה זול יותר. עמד על כך באופן ממצה הממונה:

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

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

ראה: קביעת הממונה, בעמ' 5.

30. אסטרטגיית תמחור דורסנית ובלתי הוגנת זו, שנועדה לדחוק מתחרים במקטע הקמעונאי באמצעות צמצום מרווח התמחור שלהם תוך ניצול מעמד דומיננטי במקטע התשומות, מכונה 'הצרת מרווחים' (margin squeeze או price squeeze), והיא מצאה לה מהלכים רבים על ידי גופי תקשורת באירופה שניסו להנציח את מעמדם הדומיננטי בשוק עם פתיחתו לתחרות. הנציבות האירופית נקטה שורה של אמצעי אכיפה נגד חברות תקשורת שנקטו באסטרטגיית תמחור פסולה זו, שאושרו על ידי בתי הדין של האיחוד האירופי.

ג. **בזק ניצלה לרעה את מעמדה המונופוליסטי באופן המפחית את התחרות ופוגע בציבור**

1.ג. **כללי**

31. סעיף 29א(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, קובע כדלקמן:

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

32. יסודות האיסור על ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי לפי סעיף זה הם אלו:

32.1. בעל מונופולין;

32.2. ניצול לרעה של מעמד בשוק;

32.3. באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור.

ראה: ה"ע (י-ם) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ (פורסם בנבו; 4.11.1999) סעיף 56 לפסק דינו של כבוד השופט עדיאל (להלן: "עניין ידיעות אחרונות").

33. סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי "דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הניזקין [נוסח חדש]".

34. לפיכך, אין די בהוכחת היסוד השלישי לפיו ההתנהגות עלולה להפחית את התחרות או לפגוע בציבור כאשר "קביעת סעיף 50 לחוק... מגלמת בתוכה דרישה לקשר סיבתי בין מעשה העוולה לבין הפגיעה או הנזק שנגרמו כתוצאה ממנו" (ראה: ת.א. (מרכז) **אוטו ליין בע"מ נ' יוניברסל מוטורס ישראל בע"מ** (פורסם בנבו; 19.6.2012) סעיף 35 לפסק דינו של כבוד השופט שינמן). תחת זאת, יש להוכיח (ברמה לכאורית בשלב זה של הדיון) כי ניצול המעמד המונופוליסטי לרעה הוביל בפועל להפחתת התחרות ולפגיעה בחברי הקבוצה שייצוגה מבוקש.

2.ג. יסוד I – בעל מונופולין

35. סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי יש לראות כמונופולין "ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידיו של אדם אחד (להלן - בעל המונופולין)".

36. כאמור, בזק הוכרזה כבעלת מונופולין בתחום אספקת שירותי טלפוניה ניידת, בשנת 1995, ובתחום אספקת שירותי תשתית לאינטרנט, בשנת 2000. הכרזות אלו, שעמדו בתוקפן בזמנים הרלוונטיים לבקשה זו, מהוות ראיה לכאורה למעמדה המונופוליסטי של בזק בשוקים אלו, לפי סעיף 43(ה) לחוק ההגבלים העסקיים.

37. נתח השוק של בזק בשוק אספקת שירותי הטלפוניה הניידת הוא תולדה של המונופולין הסטטוטורי שהוענק לה מכוח חוק הבזק. חרף פתיחת השוק לתחרות, נכון לזמנים הרלוונטיים לבקשה זו עמד נתח השוק של בזק על שיעור של כ-80% מכלל אספקת שירותי הטלפוניה הניידת (קווים בדידים).

העתק דו"ח משרד התקשורת המדווח על נתח השוק של בזק בתחום הטלפוניה הניידת במהלך שנת 2011 מסומן "ט" ומהווה חלק בלתי נפרד מהתצהיר התומך בבקשה זו.

38. לעניין זה, הנטייה להתערב בהתנהלותו של בעל מונופולין גוברת כאשר "בעל המונופולין הגיע למעמדו שלא כתוצאה מניצול יתרונות תחרותיים... [כגון] כאשר מדובר במונופול שנוצר כתוצאה מנסיבות היסטוריות הנוגעות לאופן תכנון השוק על ידי המדינה, או שהמונופול נהנה מסביבה רגולטורית שמנעה או הגבילה באופן משמעותי התפתחותה של תחרות בשוק שבו פועל המונופול" (ראה: גילוי דעת 1/14 של הרשות להגבלים עסקיים, איסור על גביית מחיר מופרז על ידי בעל מונופולין, עמ' 17 (2014)).

39. ודוק, פתיחת שוק הטלפוניה הניידת לתחרות, תוך ביטול המונופולין הסטטוטורי שהוענק לבזק, אינו מבטל את החשש מפגיעה בתחרות תוך שימוש בכוח מונופוליסטי. אדרבה, יש בכך דווקא להגביר את החשש לפגיעה בתחרות תוך ניסיון לשמר את הכוח המונופוליסטי שנצבר במהלך השנים. עמד על כך בית הדין להגבלים עסקיים:

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

כפי שצוין לעיל, דווקא חשיפתו החלקית של ענף הבזק לתחרות, תוך שמירה על המעמד המונופוליסטי של העוררת בחלק מהתחומים שבענף זה, מעלה את החשש כי העוררת תנצל

את מעמדה המונופוליסטי באותם תחומים שבהם השתמר כוחה המונופוליסטי, כדי לפגוע בתחומים שנפתחו לתחרות, לדוגמא באמצעות סבסוד צולב.

ראה: ערר (י-ם) 7/95 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים (פורסם בנבו; 8.5.1997) פסי' 20 לפסק דינו של כבוד השופט עדיאל.

40. יתר על כן, אף על פי שנתח השוק של בזק בשוק הטלפוניה הנייחת ובשוק התשתית לאינטרנט היה, במהלך הזמנים הרלוונטיים לבקשה זו, הרבה מעבר לרף שנקבע בחוק, אין בכך כדי למצות או לשקף את מלוא כוח השוק שלה בשווקים אלו. בכך חסרונו של המבחן המכני-מבני שנקבע בחוק הלוקה ב"היעדר רגישות... לקשר בין נתח שוק לכוח שוק... הוא היכולת להשפיע על המחיר הנגבה או משולם, כך שיהיה שונה באופן רווחי מרמת המחירים התחרותית במשך תקופת זמן ניכרת" (ראה: ב' אורבך, מטרות דיני ההגבלים העסקיים: הלכה למעשה, ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים, כרך א' (עורכים: מ' שיצר גל ומ' פרלמן) בעמ' 88-89 (2008)).

41. כוח השוק של בזק בשווקים אלו אינו מתמצא רק בנתח השוק שלה בהם, אלא הוא נובע גם מהליך ההתלכדות המאפיין את שוק התקשורת ומאפשר לבזק למנף את תשתית הטלפוניה הנייחת, שהועברה לבעלותה מהמדינה, בכדי לספק שירותי תקשורת נוספים, כגון שירותי תשתית לאינטרנט. עמד על כך גם הממונה להגבלים עסקיים:

"כל אלה מגלים מצב רגיש במיוחד, בו נדרש בעל תשתית מונופוליסטית לאפשר לגופים אחרים לעשות שימוש בתשתית שבבעלותו ובחזקתו, בין היתר בכדי להתחרות בו עצמו. מצב כזה קורא לרמה גבוהה של תשומת לב רגולטורית, בכדי לוודא שהכוח המונופוליסטי בתחום התשתית, לא ינוצל לקידום מעמד בעל התשתית בתחומים בהם הוא פועל בתחרות עם אחרים הנזקקים לתשתית."

ראה: הכרזה מיום 10.11.2004 (סומן "ב" לעיל), בעמ' 6.

עמד על כך בית הדין להגבלים עסקיים:

"מעמדה המונופוליסטי של בזק בשוק – ובעיקר תלותם של מפעילי התקשורת האחרים בה (חיבור רשתות תקשורת של מפעילים מתחרים זו לזו) – הטיל על בזק אחריות מיוחדת, שבמסגרתה היה עליה לעבוד בשיתוף פעולה ובצורה הוגנת ויעילה עם אותם מפעילים נוספים (חדשים או קיימים), על מנת לאפשר את קיומה של תחרות אמיתית בשוק התקשורת הנייחת."

ראה: ה"ע 801/08 בזק החברה הישראלית לתקשורת נ' הממונה על הגבלים עסקיים (פורסם בנבו; 16.12.2009) סעיף 30 לפסק דינה של סגנית הנשיא צור.

42. הנה כי כן, כוח השוק של בזק בשווקים נשוא הבקשה נובע מנתח השוק שלה בהם, העולה באופן משמעותי על הרף הנדרש בחוק, ומהאינטגרציה האנכית בה היא פועלת תוך מינוף כוחה המונופוליסטי גם לשווקים אחרים. בזק, אם כן, היא בעל מעמד של מונופולין בשווקים אלו באופן מובהק.

3.ג. **יסוד II – ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה**

I.3.ג. **הצרת מרווחים**

43. מבלי לגרוע מהמבחן הכללי הקבוע בסעיף 29א(א) לחוק ההגבלים העסקיים, סעיף 29א(ב) קובע חלופות התנהגותיות שבהתקיימותן "קמה חזקה חלוטה של ניצול המעמד המונופוליסטי לרעה" (ראה: עניין ידיעות אחרונות, סעיף 57).

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

45. בעוד הדעות חלוקות לגבי האפשרות לקבוע כי מחיר מונופוליסטי גבוה הוא בגדר מחיר בלתי הוגן בתנאים מסוימים, נדמה כי אין חולק כי בגדרי הסעיף נכללים מחיר טורפני והצרת מרווחים. עמדו על כך המלומדות שיצר גל ונבו:

"מבחינה לשונית וערכית קיימות שתי אפשרויות לפרש את החזקה. האפשרות הראשונה היא כי החזקה אוסרת רק על מחיר נמוך בלתי הוגן או על הצרת רווחים (margin squeeze). האפשרות השנייה היא לפרש את החזקה באופן שתחול גם על מחירים גבוהים בלתי הוגנים."

ראה: מ' שיצר גל וה' נבו, השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, עתיד להתפרסם במשפטים מה(2), עמ' 11 (להלן: "שיצר גל ונבו") (אסמכתא 1 לבקשה); ראה גם: רע"א 2616/03 ישראלכרט בע"מ נ' רייס פ"ד נט(5) 701, 711-712 (2005) (להלן: "עניין רייס").

46. הצרת מרווחים היא אפוא בגדר מקרה פרטי של גביית מחיר בלתי הוגן. במסגרת אסטרטגית תמחור בלתי הוגנת זו, בעל מונופולין במקטע התשומות, הפועל גם באינטגרציה אנכית במקטע הקמעונאי, קובע מחירים אשר פוגעים בתחרות במקטע הקמעונאי. הוכחת הצרת מרווחים אינה דורשת עמידה במבחן קשיח והיא תלויה בהקשר ובנסיבות. עם זאת, מפסיקת בתי המשפט באיחוד האירופי עולים קווים מנחים להוכחתה:

"The precise formulation seems to be tailored to the context, and the language used on each occasion is open-ended rather than purporting to lay down a definitive test... Nevertheless, it is possible to identify features that are common to the various formulations. Such features include [1] the existence of two markets (an upstream market and a downstream market), a vertically integrated undertaking which is dominant on the upstream market and active (whether or not also dominant) on the downstream market, and [2] the need for access to an input from the upstream market in order to operate in the downstream market... The next feature that is common to the various formulations is, in broad terms, [3] the setting of upstream and downstream prices by the dominant undertaking that leave an insufficient margin for an efficient competitor to operate profitably in the downstream market."

ראה: Case 1166/5/7/10 Albion Water Ltd v Dwr Cymru Cyfyngedig [2008] EWCA Civ. 536, para. 87-89 [אסמכתא 2 לבקשה].

47. בענייננו, לא יכול להיות חולק כי התנהלות בזק במסגרת מבצע "200 דקות" עולה לכדי הצרת מרווחים אסורה. לעניין זה די בקביעת הממונה, המהווה ראייה לכאורה לפי סעיף 43(ה) לחוק ההגבלים העסקיים. אף על פי כן, להלן תובא הרצאת הדברים כסדרם בהתאם לקווים המנחים שצוינו בפסיקה.
48. **אינטגרציה אנכית ומעמד של מונופולין במקטע התשומות.** כפי שהובהר בהרחבה לעיל, בזק פועלת באינטגרציה אנכית גם במקטע התשומות (upstream), באספקת שירותי תשתית לאינטרנט, וגם במקטע הקמעונאי (downstream), באספקת שירותי טלפוניה ניחת. בזק היא בעלת מעמד של מונופולין באספקת שירותי תשתית לאינטרנט במקטע התשומות.
49. יתרה מכך, בעוד בפסיקה נדרש קיומו של כוח מונופוליסטי רק במקטע התשומות, בענייננו הנסיבות חמורות מכך. לא זו בלבד שבזק מינפה את כוחה המונופוליסטי במקטע התשומות לצורך דחיקת מתחרותיה במקטע הקמעונאי, אלא שגם במקטע הקמעונאי היא הייתה בעלת מעמד של מונופולין והחזיקה בנתח שוק של כ-80% בזמנים הרלוונטיים לנקיטת הצרת המרווחים.
50. **תשומה הכרחית.** אספקת שירותי טלפוניה ניחת בטכנולוגיית VoB מבוצעת באמצעות תשתית האינטרנט. לפיכך, ברור כי אספקת שירותי תשתית לאינטרנט, תחום שבו לבזק מעמד של מונופולין, היא בגדר תשומה הכרחית לאספקת שירותי טלפוניה ניחת בטכנולוגיה זו. עובדה זו הובילה את משרד התקשורת לחייב את בזק לספק שירותי תשתית לאינטרנט ללא התניה באספקת שירותי טלפוניה ניחת, מתוך מטרה מוצהרת לקדם את התחרות בשוק זה באמצעות כניסת מתחרים העושים שימוש בטכנולוגיית VoB.
51. **מרווח קמעונאי בלתי מספיק.** בזק קבעה מחירים במקטע התשומות, בגין אספקת שירותי תשתית לאינטרנט (ADSL Only), ובמקטע הקמעונאי, בגין אספקת שירותי טלפוניה ניחת, שצמצמו את שולי הרווח במקטע הקמעונאי כך שמתחרותיה לא יכולות היו לפעול באופן רווחי.
52. הצרת מרווחים מתקיימת כאשר הפער בין מחיר התשומה לבין המחיר הקמעונאי שקבעה בעלת המונופולין אינו מספיק לכיסוי העלויות במקטע הקמעונאי.
53. חשוב להבהיר לעניין זה כי הוכחת קיומה של הצרת מרווחים אינה מותנית בקיומו של מחיר מונופוליסטי מופרז בגין התשומה או קיומו של מחיר טורפני בגין המוצר הסופי. כך גם אין שום חשיבות לאופן שבו בוצעה הצרת המרווחים, בין אם בהעלאת המחיר בגין התשומה או הפחתת המחיר של המוצר הסופי. עניינה של הצרת מרווחים היא אפוא **בפער** בין המחירים ובשאלה האם יש בו בכדי להותיר שולי רווח מספיקים למתחרים בכדי לפעול בשוק באופן תחרותי.
54. בזק טענה בפני הממונה כי בחינת הפער בין מחיר התשומה לבין המחיר הקמעונאי שגבתה בזק בתקופת המבצע בלבד היא שגויה. לטענתה, תחת זאת יש "לבחון את המחיר שישלם לקוח במבצע 200 דקות כממוצע התשלומים המשולמים על ידו לבזק לאורך כל התקופה בה היה מנוי בזק, לרבות התקופה שלאחר תום ששת החודשים הראשונים במבצע" (ראה: קביעת הממונה, בעמ' 15).
55. זו טענה מיתממת. נקיטת אסטרטגיה של תמחור טורפני, לרבות בדרך של הצרת מרווחים, נועדה מעצם טבעה להגדיל את כוח השוק של בעל המונופולין ולדחוק את מתחריו. לפיכך "אם אסטרטגיה זו עולה יפה, היא עשויה לאפשר למפחית המחירים לחזור ולהעלותם לאחר שחיסל את התחרות" (ראה: מ' חת, גישות שונות לסוגיית התמחור הטורפני המשפט יג 19, 24 (2008) (להלן: "חת")).

56. בדיוק בשל כך בתי המשפט באיחוד האירופי בוחנים את קיומה של הצרת המרווחים בהתאם למחירים והעלויות לאורך פרקי זמן קצובים (period by period) ולא תוך בחינת תזרימי המזומנים בטווח זמן ארוך יותר (discounted cash flow):

"[S]ince the DCF method allows the recovery of initial losses by future profits, there is a risk that the outcome of that method will either rely on unreasonable forecasts by the dominant undertaking as to the future profits, which might result in a flawed outcome, or include long-term profits that would be the result of the strengthening of the dominant undertaking's market power."

ראה: Case T-336/07 Telefonica v. European Commission, 2012 ECJ EUR-Lex LEXIS 4403, para. 218 [אסמכתא 3 לבקשה].

57. ממילא, כפי שציין הממונה "טענה זו יש לדחות ולו מן הטעם שההצטרפות למבצע 200 דקות לא הותנתה בהתחייבות לתקופה או להיקף שימוש מסוימים. בידי הלקוח נתונה היתה האפשרות להצטרף למבצע 200 דקות למשך תקופה בת שישה חודשים – הצעה אותה לא יכולות היו מתחרותיה של בזק להשוות, אף לשיטתה – ולסיים את התקשרותו עם בזק מיד עם תום המבצע מבלי לשאת בכל עלות נוספת בשל כך. מכאן שבמהלך ששת חודשי מבצע 200 דקות, לא היה ביכולתן של מתחרותיה של בזק להציע ללקוחות הצעה שוות ערך מבלי לשאת בהפסדים בגין כך" (ראה: קביעת הממונה, בעמ' 16).

58. לפיכך, בניגוד מוחלט לטענת בזק, יש לבחון את הפער בין מחיר התשומה לבין המחיר הקמעונאי רק בתקופה הרלוונטית לנקיטת אסטרטגיית התמחור הטורפנית, דהיינו בתוך ששת חודשי מבצע "200 דקות".

59. ישנם שני מבחנים מקובלים לבחינה האם הפער בין מחיר התשומה למחיר הקמעונאי עולה לכדי הצרת מרווחים פסולה. הראשון, מבחן המתחרה היעיל באותה מידה (equally efficient competitor test), מתמקד בבעל המונופולין עצמו, בהינתן העלויות בהן הוא נושא, ובוחן האם הפער היה מאפשר לבעל המונופולין או למתחרה יעיל באופן דומה, לפעול ברווחיות במקטע הקמעונאי. השני, מבחן המתחרה היעיל הסביר (reasonably efficient competitor test), מתמקד באומדן של העלויות הסבירות במקטע הקמעונאי ובוחן האם הפער היה מאפשר למתחרה סביר לפעול ברווחיות במקטע הקמעונאי:

"A price squeeze could be demonstrated by showing that the dominant company's own downstream operations could not trade profitably on the basis of the upstream price charged to its competitors by the upstream operating arm of the dominant company...

In appropriate circumstances, a price squeeze could also be demonstrated by showing that the margin between the price charged to competitors on the downstream market (including the dominant company's own downstream operations, if any) for access and the price which the network operator charges in the downstream market is insufficient to allow a reasonably efficient service provider in the downstream market to obtain a normal profit (unless the dominant company can show that its downstream operation is

exceptionally efficient)."

ראה: European Commission Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector: Framework, Relevant Markets and Principles, 98/C 265/02 (1998), para. 117-118 [אסמכתא 4 לבקשה].

60. יש לציין כי פסיקת ה-ECJ (European Court of Justice) אימצה את מבחן המתחרה היעיל באותה מידה (ראה: Case C-280/08 Deutsche Telekom AG v European Commission 2010 ECJ EUR-Lex LEXIS 882, para. 168 (להלן: "עניין Deutsche Telekom")). זהו מבחן מחמיר ביותר המתעלם מכך שבעל המונופולין פועל תוך אינטגרציה אנכית ומתוך כוח שוק עודף המפחיתים באופן אינהרנטי את עלויותיו ומגבירים את חסמי הכניסה לשוק. מבחן זה אפוא מכניס בגדרו רק את מקרי הקיצון בהם חרף כוח השוק של בעל המונופולין מתחריו יעילים כמותו.

61. בענייננו מבחן מחמיר זה מתקיים באופן מובהק. אדרבה, אפילו אם ננקוט במבחן מחמיר אף יותר ונניח כי מתחרות בזק העושות שימוש בטכנולוגיית VoB הן יעילות בצורה יוצאת דופן העולה בהרבה על היעילות של בזק, עדיין המבחן היה מתקיים בענייננו. למעשה, אפילו אם נמתח את המבחן לקיצוניות מוחלטת ונניח כי מתחרות בזק אינן נושאות בעלויות כלל באספקת שירותי טלפוניה ניידת, גם אז הפער בין מחיר התשומה למחיר הקמעונאי שנקבעו על ידי בזק עולה לכדי הצרת מרווחים פסולה. עמד על כך הממונה בהחלטתו:

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

על מנת להציע שירותי טלפוניה בתנאים שווים לאלו שהוצעו על ידי בזק ללקוחות, היה על מתחרותיה של בזק לממן מכיסן את עלויות אספקת השירות ללקוח ולפצות כל לקוח ב-5 ש"ח למשך כל תקופת המבצע."

ראה: קביעת הממונה, בעמ' 10-11.

62. להשלמת התמונה יצוין כי בעוד בפסיקת בתי המשפט באיחוד האירופי נקבע כי הוכחת הצרת מרווחים מקימה חזקה חלוטה לניצול מעמד מונופוליסטי לרעה, גישת הדין האמריקאי היא שונה. כפי שעמד על כך הממונה "בפסיקת בתי המשפט בארה"ב נקבע כי הצרת מרווחים אינה מהווה עילה עצמאית בדיני ההגבלים העסקיים אלא יכולה להיות הפרה של דיני ההגבלים העסקיים כאשר היא משמשת גורם בעל כוח שוק לעקיפת חובה לספק תשומה חיונית מכוח דיני ההגבלים העסקיים או ככל שהמחיר שנגבה מהצרכן הסופי הוא מחיר טורפני" (ראה: קביעת הממונה, בעמ' 9-10).

63. בדין הישראלי אין לקרוא דרישה דומה לפיה יש להוכיח גם סירוב בלתי סביר לספק את התשומה בכדי שהצרת המרווחים תהיה בניגוד לסעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים. ראשית, כפי שעמד על כך בית המשפט העליון "סעיף 29א הוא ביטוי לשיטה האירופית" והוא "מאמץ שיטות פיקוח הקבועות באמנת רומא" (ראה: עניין רייס, סעיפים 15-17). שנית, סעיף 29א נועד במפורש להרחיב את האיסורים החלים על בעל מונופולין מעבר לאיסור המסורתי על סירוב בלתי סביר לספק שירות לפי סעיף 29 לחוק. עמד על כך כבוד השופט עדיאל:

"חשיבותו של סעיף 29א לחוק אפוא, היא בהרחבה משמעותית של היקף האיסורים הפרוספקטיביים הקבועים בחוק. לא עוד איסור יחיד על סירוב בלתי סביר לספק את הנכס או השירות שבמונופולין, אלא מבחן כללי הקובע נורמות התנהגות המחייבות את בעל המונופולין, שהפרתן נאסרה על פי החוק."

ראה: עניין ידיעות אחרונות, סעיף 56; ראה גם: דברי ההסבר להצעת חוק הגבלים עסקיים (תיקון מס' 2), התשנ"ה-1995, הצ"ח תשנ"ו 2446, עמ' 228.

64. נוסף על כך, ממילא הדין האמריקאי מגלם תפישה שונה לחלוטין של הצרת מרווחים מזו המבוטאת בדין האירופי. עמד על כך בית המשפט העליון בארה"ב:

"The most commonly articulated standard for price squeezes is that the defendant must leave its rivals a "fair" or "adequate" margin between the wholesale price and the retail price."

ראה: Pacific Bell Telephone Co. v. LinkLine Communications, Inc. 555 U.S. 438, 454 (2009) (להלן: "עניין LinkLine") [אסמכתא 5 לבקשה].

65. בית המשפט העליון בארה"ב נרתע אפוא, ובצדק, מבחינת השאלה האם הפער בין מחיר התשומה למחיר הקמעונאי, שנקבע על ידי בעל מונופולין הפועל באינטגרציה אנכית, מותיר שולי רווח הוגנים או נאותים למתחרים (ראה: שם, תוך ציטוט (Concord v. Boston Edison Co., 915 F.2d 17, 25 (CA1 1990)).

66. לעומת זאת, בתי המשפט באיחוד האירופי שמים דגש על השאלה האם הפער בין מחיר התשומה למחיר הקמעונאי מותיר שולי רווח המאפשרים למתחרים לכסות את עלויות המקטע הקמעונאי:

"[T]here would be such a margin squeeze if, inter alia, the spread between the wholesale prices for ADSL input services and the retail prices for broadband connection services to end users were either negative or insufficient to cover the specific costs of the ADSL input services which TeliaSonera has to incur in order to supply its own retail services to end users, so that that spread does not allow a competitor which is as efficient as that undertaking to compete for the supply of those services to end users."

ראה: Case C-52/09 Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB 2011 ECJ EUR-Lex LEXIS 4548, para. 32 (להלן: "עניין TeliaSonera") [אסמכתא 6 לבקשה].

67. בענייננו, ברור כי טענת הצרת המרווחים אינה מתייחסת לטענה כי היה על בזק לקבוע מחיר תשומה

ומחיר קמעונאי שהיו מאפשרים למתחרותיה להשיג רווחים הוגנים או נאותים.

68. אפילו אם הייתה מתקבלת גישת הדין האמריקאי, עדיין ההתנהלות בזק עולה לכדי הצרת מרווחים, כאשר התנהלותה עולה ממילא לכדי קביעת מחיר קמעונאי טורפני ולכדי סירוב בלתי סביר לספק תשומה הכרחית.

ג.3.2. מחיר טורפני

69. כאמור, סעיף 29א(ב)(1) קובע חזקה חלוטה לפיה יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור במקרה של "קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או השירות שבמונופולין".

70. עוד, כפי שצוין, לא יכול להיות חולק כי מחיר טורפני הוא בגדר מחיר בלתי הוגן. עמדה על כך כבוד השופטת ברון כי "קיימת בספרות המשפטית ובפסיקה תמימות דעים כי גביית מחירים נמוכים באופן שמאפשר למונופולין למנוע תחרות בשוק מהווה גביית מחיר בלתי הוגן" (ראה: ת.א. (ת"א) 1493/02 **רוזנבוים נ' פז שרותי תעופה בע"מ** (פורסם בנבו; 25.6.2007) בסעיף 19).

71. בהתאם לדין האמריקאי הוכחת מחיר טורפני דורשת התקיימות שני תנאים:

"[T]o prevail on a predatory pricing claim, a plaintiff must demonstrate that: (1) "the prices complained of are below an appropriate measure of its rival's costs"; and (2) there is a "dangerous probability" that the defendant will be able to recoup its "investment" in below-cost prices."

ראה: עניין Linkline, עמ' 451.

72. בהתאם לפסיקת בתי המשפט בארה"ב ובאיחוד האירופי "מחיר שאינו מכסה את ההוצאות המשתנות הממוצעות ייחשב טורפני" (ראה: חת, בעמ' 44).

73. בענייננו, בהינתן מחיר התשומה ההכרחית שנקבע על ידי בזק, ברור כי אין במחיר הקמעונאי שנגבה במסגרת מבצע "200 דקות" לכסות שום אומדן של עלויות. לפיכך, בנסיבות אלו אין שום צורך לבחון את מבנה העלויות המשתנות של בזק במקטע הקמעונאי בכדי להיווכח כי המחיר שקבעה במסגרת מבצע "200 דקות" הוא מחיר טורפני.

74. מסקנה זו אינה משתנה גם אם נבחן את העלויות בהן נושאת בזק כמקשה אחת, מבלי להתחשב במחירי התשומה ההכרחית שנקבעו על ידה. דהיינו, תוך התעלמות מוחלטת מהאינטגרציה האנכית בה פועלת בזק בשוק התשתית לאינטרנט ובשוק הטלפוניה ניחת.

75. כפי שמצוין בדו"ח של פרופ' ראובן גרונאו, העלות החודשית למנוי בגין גישה לתשתית בזק היא בסך של 18.35 ש"ח ליחידה. כמו כן, עלויות אספקת שירותי טלפוניה ניחת הן בסך של 0.92 אג' לדקת שיחה. בהתאם לנתונים אלו, ברור כי המחיר הכולל שנגבה מהצרכן במסגרת מבצע "200 דקות" לא מספיק לכסות את עלויות בזק וכי מדובר בתמחור טורפני מובהק.

העתק המלצה בדבר קביעת תשלומים מרביים לשירותים סיטונאיים ברשת בזק, מיום 16.11.2014, מסומן "י" ומהווה חלק בלתי נפרד מהתצהיר התומך בבקשה זו.

76. התנאי השני בפסיקה האמריקאית דורש הוכחת הסתברות גבוהה ("dangerous probability") לכך שבעל המונופולין יוכל להשיב את הפסדיו מהתמחור הטורפני (recoupment) בשל קיום חסמי כניסה גבוהים לשוק. תנאי זה לא אומץ בפסיקה האירופית ובהתאם לדעת מלומדים אין לאמצו גם בפסיקה הישראלית. עמדו על כך המלומדות שיצר גל ונבו:

"בטרם נאמץ כלל זה אל תוך הדין הישראלי, יש לבחון אם ההנחות שעליהן מבוסס הכלל האמריקאי ישימות גם בישראל, ובראשן ההנחה שתמחור טורפני לרוב איננו אסטרטגיה רווחית. כמה גורמים מבחינים בין השווקים: ראשית, ישראל היא כלכלה קטנה המאופיינת בשוק קטן וריכוזי המורכב משחקנים חוזרים בשווקים רבים. בשוק מסוג זה תמחור אגרסיבי של בעל מונופולין יוצר בשבילו החצנות חיוביות בשווקים נוספים שבהם הוא פועל למען יראו וייראו מתחריו, וכל שכן מגדיל את הכדאיות של תמחור טורפני גם כשבשוק הספציפי אין השבה מלאה של הפסדיו. שנית, בכלכלה קטנה גובה חסמי הכניסה למרבית השווקים גבוה בהרבה מגובה חסמי הכניסה בכלכלה גדולה, דוגמת ארצות הברית, שבה יש מקום לשחקנים רבים במרבית השווקים. בעקבות זאת החשש לנקיטת תמחור טורפני אשר יפגע ברווחה חברתית גדול יותר בכלכלה קטנה... בעינינו החשש מתחולת יתר בשל אי-יכולת השבה בשלב כיסוי ההפסדים אינו גדול מלכתחילה, כיוון שניתן להניח שבעל מונופולין שקל היטב את תנאי השוק ואת יכולתו להעלות מחירים בטרם נקט תמחור הגורם לו להפסדים... עם זאת, על מנת שלא לסכל את הגדלת הרווחה החברתית באותם מקרים שבהם בעל המונופולין נקט תמחור טורפני אף שהשבה אינה אפשרית, יש לשקול את העברת נטל ההוכחה לבעל המונופולין, להראות שלפי תנאי השוק השבה אינה אפשרית... לאור הניתוח שערכנו לעיל יש לדעתו לשקול כלל אשר יאפשר בחינת ההשבה גם בשווקים נוספים בהם פועל בעל המונופולין."

ראה: שיצר גל ונבו, בעמ' 14.

77. עמד על כך גם המלומד חת:

"משפט הקהילה האירופית אימץ את הקריטריון האמריקני לבחינת מחיר שנטען כי הוא טורפני וכי יש בו ניצול לרעה של עמדה דומיננטית. נראה לי כי יש טעם לאימוץ אותו קריטריון עצמו גם אצלנו, באותן הסתייגויות שבהן אומץ על ידי הפסיקה האירופית, דהיינו... לא יהיה צורך להוכיח כי היה למתמחר הטורפני בסיס מוצק להנחה שיוכל להחזיר לעצמו את הפסדי תקופת הטורפנות במחירים שיוכל לגבות לאחר שישלך את מתחריו, או לאחר שיצליח בחסימת השוק שבו יש לו עמדת מונופולין. בדרך כלל לא ינקוט איש עסקים רציונאלי דרך זו אלא למטרת פגיעה במתחריו. חובת ההוכחה שלא זו הייתה הכוונה, תהיה מוטלת על מי שיצביע על סיבה עסקית סבירה להתנהגותו."

ראה: חת, בעמ' 44.

78. דברים אלו יפים במיוחד לשוק התקשורת הישראלי המאופיין בחסמי כניסה גבוהים בייחוד לאור הליך ההתלכדות בין שירותי תקשורת שונים המאפשר מינוף של הכוח המונופוליסטי בשווקים נוספים.

79. למעלה מן הצורך, בענייננו, כפי שיובהר בהמשך, לא זו בלבד שהיה על בזק לצפות בהסתברות גבוהה את השלכות התמחור הטורפני בו נקטה, אלא שהשלכות אלו קיבלו ביטוי מובהק במציאות בדמות דחיקת

מתחרותיה ופגיעה בתחרות.

80. בהתאם לכך, לא יכול להיות ספק כי בזק גבתה מחיר קמעונאי טורפני.

ג.3.III. סירוב סביר לספק תשומה

81. סעיף 29 לחוק הגבלים עסקיים קובע כך:

"לא יסרב בעל מונופולין סירוב בלתי סביר לספק או לרכוש את הנכס או השירות שבמונופולין."

82. נקודת המוצא בדין הישראלי היא "המחוקק הטיל על המונופולין חובה למכור את הנכס שבמונופולין, חובה שלה סייג אחד בלבד – סירוב שהוא 'סביר'" (ראה: ת"פ (ת"א) 4783/93 מדינת ישראל נ' גיבור סבירנה מפעלי טקסטיל בע"מ (פורסם בנבו; 15.2.1996) סעיף 8 להכרעת הדין של כבוד השופטת חפץ). ממילא, בענייננו "מתן שירות ה-ASDL Only נכפה על בזק על ידי משרד התקשורת על מנת לאפשר תחרות בתחום הטלפוניה" (ראה: קביעת הממונה, בעמ' 10).

83. נקודת המוצא בדין האמריקאי היא מחמירה יותר ולפיה יש להוכיח נסיבות המצביעות על חובה של בעל המונופולין לספק את הנכס או השירות. בענייננו, לא יכול להיות חולק כי גם אם אין חובה סטטוטורית על בעל המונופולין לספק את השירות, חובה זו קמה מן הנסיבות:

"In theory, an overly aggressive rule against refusals to deal might undermine an entrant's incentives to invest and innovate in the input market. However, this risk can be avoided by the requirement to show that the defendant has non-transitory monopoly power in an input market guarded by significant entry barriers that make such leapfrog competition by the entrant unlikely. If the plaintiff makes such a showing, then it follows that the entrant would not have been able to efficiently invest in its own input facility. Conversely, if the entrant could efficiently invest on its own absent access to the defendant's input, then the defendant would not be found liable because it would lack monopoly power."

ראה: S. C. Salop, Refusal to Deal and Price Squeezes by an Unregulated, Vertically Integrated Monopolist, 76(3) Antitrust Law Journal 709, 716 (2010) [אסמכתא 7 לבקשה].

84. בנוסף, האיסור על סירוב בלתי סביר לספק שירות טומן בחובו גם את האיסור על סירוב לספק את השירות במחיר סביר. עמד על כך המלומד גילה:

"כאשר בעל מונופולין חולש על "משאב חיוני" ("essential facility"), כלומר, מוצר או שירות החיוני לתפקוד פירמות בענף מסוים, וקשה או יקר מאוד לפירמות ליצור משאב כזה בעצמן, עולה מן הפסיקה כי סירוב לספק משאב זה במחיר סביר הוא סירוב בלתי סביר, המפר, בין היתר, את סעיף 29 לחוק. סירוב הוא לגיטימי רק כאשר הוא "סביר", כגון סירוב הנובע ממגבלה בכושר הייצור, חשש סביר ומבוסס באשר ליכולת הפירעון של לקוח מסוים, וכד'."

ראה: ד' גילה, חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומונופולין, חוזים כרך ג' (ד' פרידמן ונ' כהן, עורכים), 694 (2003).

85. זו גם הגישה העולה מפסיקת בתי המשפט האירופיים:

"[T]he conditions to be met in order to establish that a refusal to supply is abusive must necessarily also apply when assessing the abusive nature of conduct which consists in supplying services or selling goods on conditions which are disadvantageous or on which there might be no purchaser. Such conduct may, in itself, constitute an independent form of abuse distinct from that of refusal to supply."

ראה: עניין TeliaSonera, סעיפים 55-56.

86. הותרת מחיר התשומה ההכרחית (שירות ASDL Only) בסך של 25 ש"ח בעוד המחיר הקמעונאי במסגרת מבצע "200 דקות", הכולל מלבד התשומה ההכרחית גם 200 דקות שיחה, עומד על סך של 19.90 ש"ח בלבד, הוא באופן מובהק בגדר סירוב בלתי סביר לספק שירות.

87. סירוב בלתי סביר זה לספק את שירות ASDL Only במחיר סביר נועד לעקוף את החלטת משרד התקשורת שחייבה את בזק לספק את שירותי התשתית לאינטרנט כשירות נפרד בכדי לעודד את התחרות בשוק הטלפוניה הנייחת. בנסיבות אלו, כפי שיובהר בהמשך, הפגיעה בתחרות הייתה צפויה ואף בלתי נמנעת.

ג.3.4. קשירה אסורה

88. סעיף 29א(ב)(4) קובע חזקה חלוטה לפיה יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור במקרה של "התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות".

89. לעניין זה חשוב לציין כי בעוד שאספקת שירותי תשתית לאינטרנט היא בגדר תשומה הכרחית לאספקת שירותי טלפוניה נייחת בטכנולוגיית VoB, אין היא בגדר תשומה הכרחית לאספקת שירותי טלפוניה נייחת של בזק. לפיכך, לא ניתן לטעון כי קשירת השירותים על ידי בזק היא מותרת כיוון שמדובר בשירותים "אשר מטבעם... נוגעים לנושא ההתקשרות". ממילא אפילו אם כך ייטען, כפי שיובהר להלן, עדיין התנהלות זו עולה לכדי ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי לפי המבחן הכללי בסעיף 29א(א).

90. בית הדין להגבלים עסקיים עמד על התכלית שביסוד האיסור:

"הסכמי קשירה עלולים לשאת בכנפיהם תוצאות קשות של פגיעה בתחרות בשוק המוצר הקשור: באמצעות הקשירה עשוי בעל המונופולין למנף את כוחו המונופוליסטי לשוק המוצר הקשור, תוך דחיקת רגליהם של מתחרים מהשוק, הגבהת חסמי הכניסה לשוק ופגיעה בחופש הבחירה של הצרכן על ידי כפייתו לרכוש את המוצר הקשור בניגוד לרצונו. תוצאות קשות אלו מקורן בכך, שהיצרן הקושר, מבטיח את רכישת המוצר הקשור, לא בשל תכונותיו העדיפות על פני המוצרים המתחרים, אלא בשל היתרון המלאכותי שמקנה לו הקשירה, המבוסס על מעמדו ויתרונותיו של המוצר הקושר בשוק מוצר אחר ונפרד."

ראה: עניין ידיעות אחרונות, בסעיף 127.

91. זהו בדיוק היתרון המלאכותי הפסול שניסתה בזק להשיג בכך שהתנתה את אספקת שירותי תשתית לאינטרנט באספקת שירותי טלפוניה נייחת. בדיוק בשל סיבה זו, של הסרת החסמים ועידוד התחרות בשוק הטלפוניה הנייחת, ניתנה החלטת משרד התקשורת שחייבה את בזק לספק את שירותי התשתית לאינטרנט כשירות נפרד ולחדול מהקשירה האסורה.

92. אלא שגם הניסיון של בזק לעקוף את החלטת משרד התקשורת באמצעות קביעת מחיר קמעונאי הנמוך ממחיר התשומה הוא בגדר קשירה אסורה כאשר "גם תמרוץ כלכלי המשפיע על הלקוח לרכוש המוצרים יחד עשוי להיכנס לגדר סעיף 29א(ב)(4)" (ראה: גילה, בעמ' 701). כך קבע בית הדין להגבלים עסקיים:

"בעקרון, אנו סבורים שיש לקבל את הגישה הרואה גם בכפייה כלכלית כפייה היוצרת קשירה. גישה זו מושתתת על הרציונל שבבסיס האיסור על הקשירה, שמטרתו למנוע מהיצרן בעל המונופולין לעשות שימוש בכוח המונופוליסטי שלו לגבי המוצר הקושר, לצורך הרחבת נתח השוק שלו תוך פגיעה בתחרות בשוק הנקשר.

דחייה מוחלטת של עקרון הכפייה הכלכלית וצמצום האיסור על הקשירה רק להתניה שאיננה מאפשרת לרכוש את המוצר הקושר בנפרד, עשויה להביא לצמצום דרסטי של האיסור על הקשירה, אשר יחתור תחת תכלית החקיקה שביסוד סעיף 29א(ב)(4) לחוק, ויאפשר את עקיפת האיסור על ידי הצעת חבילות אטרקטיביות."

ראה: עניין ידיעות אחרונות, סעיף 150.

93. כפייה כלכלית, לפי בית הדין להגבלים עסקיים, מתקיימת כאשר רכישת המוצרים הקשורים הופכת להיות האופציה הריאלית היחידה בפני הצרכן:

"אשר למבחן הקובע את קיומה של הכפייה, מציינים מחברי ה- Antitrust Law Developments כי גם באותם פסקי הדין אשר אימצו את מבחן הכפייה הכלכלית, נקבע כי לחץ כלכלי יכול שייחשב לכפייה, רק כאשר תמחור החבילה הופך את רכישתה לאופציה הריאלית היחידה העומדת בפני הצרכן:

"Some decisions have held that the economic pressure inherent in offering a package discount does not amount to coercion, though others have recognized that coercion would arise where a seller offered unbundled products at such exorbitant prices that the only realistic option for purchasers was to buy the package". (p. 188-189)

וכן:

"If the tying product is separately available, no violation will be found. Unless the seller's pricing policy makes purchase of the tying and tied products together the only viable economic option". (p. 184-185)

משמע, גם על פי הגישה הרואה בכפייה כלכלית משום התנייה העשויה להקים את עילת הקשירה, נדרש שהלחץ הכלכלי שביסוד הכפייה יהא משמעותי ביותר."

ראה: שם, סעיפים 156-158.

94. בענייננו, ברור כי אין שום היגיון לרכוש שירותי טלפוניה נייחת בטכנולוגיית VoB ממתחרותיה של בזק

ותשתית אינטרנט מבזק במחיר בסך של $N + 25 + P$ כאשר ניתן לרכוש את אותם שירותים מבזק במחיר בסך של $N + 19.90$ בלבד.

.95 בנסיבות אלו, מדובר בכפייה כלכלית ברורה היוצרת קשירה אסורה.

4.ג. יסוד III – הפחתת התחרות ופגיעה בציבור

.96 ניתן לעמוד על הפגיעה החמורה בתחרות ובציבור הצרכנים בעקבות הצרת המרווחים שננקטה על ידי בזק (ובכלל זה, התמחור הטורפני, הסירוב הבלתי סביר לספק תשומה והקשירה האסורה) הרבה למעלה מן הצורך בשלב לכאורי זה של ההליך.

.97 כאמור, סעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים קובע חזקה חלוטה "המייצרת את הוכחת הפגיעה הנגרמת" (עניין ידיעות אחרונות, סעיף 75), ולא בכדי. קביעת מחירים בלתי הוגנים באמצעות הצרת מרווחים מובילה, מניה וביה, לפגיעה בתחרות ובציבור. כך קבעה הנציבות האירופית כי ניתן להסיק את הפגיעה בתחרות מעצם נקיטתה של אסטרטגיית תמחור פסולה זו, כפי שצוין בהחלטת בית הדין האירופי בערכאה הראשונה (Court of First Instance – CFI):

"According to the Commission, the applicant's pricing practices restricted competition in the market for retail access services. It reaches that conclusion in the contested decision (recitals 179 and 180) on the basis of the very existence of the margin squeeze."

ראה: Case T-271/03 Deutsche Telekom AG v Commission of the European Communities 2008 ECJ : 234 para. EUR-Lex LEXIS 2998, (להלן: "עניין **Deutsche Telekom** (CFI)") [אסמכתא 8 לבקשה].

.98 כך אף קבע בית הדין הגבוה של האיחוד האירופי בעניין זה:

"[A] margin squeeze resulting from the spread between wholesale prices for local loop access services and retail prices for end-user access services, in principle, hinders the growth of competition in the retail markets in services to end-users, since a competitor who is as efficient as the appellant cannot carry on his business in the retail market for end-user access services without incurring losses."

ראה: עניין Deutsche Telekom, סעיף 255.

.99 כך אף בענייננו ביתר שאת. לא זו בלבד שבזק ניצלה את מעמדה כבעלת מונופולין במגזר התשומות בכדי לדחוק במתחרותיה במגזר הקמעונאי, אלא שבזק בעלת מונופולין גם במגזר הקמעונאי כך שרמת התחרות בו הייתה ממילא בשפל.

.100 בזק אפוא פעלה לשימור כוח השוק שלה תוך פגיעה חמורה ביכולת מתחרותיה לגייס לקוחות חדשים במשך תקופה של לפחות שנה. בכך פגעה בזק ביכולת מתחרותיה, אפילו אם היו הרבה יותר יעילות ממנה, להגדיל את נתח השוק שלהן ולהביא להפחתת מחירים ארוכת טווח כתוצאה מקיומה של תחרות משוכללת בשוק. עמד על כך באופן ממצה הממונה:

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

בזק כמתחרה הוותיקה (Incumbent) בתחום הטלפוניה הנייחת החזיקה בתקופה הרלוונטית במאגר הלקוחות המשמעותי בתחום זה, במרחק ניכר ממתחריה. על כן ובשים לב לעובדה כי שוק הטלפוניה הנייחת אינו מצוי במגמת צמיחה, הלקוחות הפוטנציאליים לגיוס על ידי מתחרותיה של בזק הינם לקוחות קיימים של בזק ומכאן שפגיעה ביכולתן להציע הצעות מתחרות ללקוחות אלו פוגעת באופן ממשי ביכולתן לחזור ולהתבסס בשוק."

ראה: קביעת הממונה, עמ' 12.

101. אין כל ספק, אם כן, כי "התנהלותה של בזק כמתואר לעיל הציבה קושי ממשי בפני חדירה לשוק והתרחבות בו מצד מתחרותיה בתחום הטלפוניה הנייחת, הצרה את מרחב פעילותן והגבילה את יכולתן להציב תחרות לבזק" (שם, עמ' 13).

102. למעלה מכך: הממונה עמד על ההשפעה שהייתה להצרת המרווחים על התחרות בפועל כפי שעלתה באופן ברור מנתוני גיוסי הלקוחות של מתחרות בזק:

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

ראה: שם, עמ' 15.

103. קביעה זו של הממונה היא ראייה לכאורה ודי בה לשלב זה של ההליך. זאת, מכוח קל וחומר כאשר בזק לא הציגה נתונים במסגרת השימוע שנערך לה שיש בהם להזים קביעה זו. המבקש שומר על זכותו להציג ניתוח אקונומטרי-סטטיסטי לבחינת מובהקת הקשר בין הצרת המרווחים בתקופה הרלוונטית לבין נתוני המכירות של בזק, לאחר שייחשפו בפניו הנתונים הרלוונטיים במסגרת הליך של גילוי ועיון במסמכים.

104. ביטוי נוסף לפגיעה בתחרות ניתן למצוא בנתונים שפרסם משרד התקשורת, לפיה במהלך הזמנים הרלוונטיים להצרת המרווחים בענייננו, ניכר קיפאון (סטגנציה) בנתוני גיוס הלקוחות של מתחרות בזק בטלפוניה הקווית בטכנולוגיית VoB:

"נתוני שוק הטלפוניה הפנים-ארצית במגזר הקווים הבדידים מראים כי בשנה האחרונה [2011] קיימת סטגנציה בהתפתחות התחרות בתחום זה. הדבר בא לידי ביטוי, בין היתר, בכך שנתח השוק הנורמטיבי של קבוצת בזק (בזק ובזק בינלאומי) ירד בשנתיים האחרונות (דצמבר 2009 – נובמבר 2011) בכמעט 6%, אך מהם בשנה האחרונה (דצמבר 2010 – נובמבר 2011) בכ-1.2% בלבד. בתחילת שנת 2011 חל אם כן שינוי משמעותי בשוק אשר המשיך במשך כל השנה.

במקרה הנוכחי אותרה בעיה תחרותית שאינה מאפשרת לשחקני ה-VoB לפעול על מגרש משחקים מאוזן ומגדילה את הקושי התחרותי, והדבר פוגע בהתפתחות התחרות ועל כן שקל המשרד להתערב. השינוי במספר המנויים המגויסים על ידי ספקי ה-VoB ובשיעור הגידול בנתחי השוק שלהם, מהווה אינדיקציה נוספת למשמעות הקושי שאותר."

ראה: סעיף 13 להחלטת משרד התקשורת מיום 6.3.2012 (סומן "ז" לעיל).

105. לנתונים אלו משקל מכריע, כפי שעמד על כך בית הדין האירופי (CFI):

"Furthermore, the small market shares acquired by the applicant's competitors in the retail access market since the market was liberalised by the entry into force of the TKG on 1 August 1996 are evidence of the restrictions which the applicant's pricing practices have imposed on the growth of competition in those markets."

ראה: עניין Deutsche Telekom (CFI), סעיף 239.

106. למותר לציין כי הפגיעה בתחרות אינה מתמצה בחוסר היכולת של מתחרות בזק להציע הצעות תחרויות בתקופה הצרת המרווחים בלבד. הפגיעה בתחרות נובעת גם מחוסר היכולת או הנכונות של המתחרות להציב תחרות אגרסיבית לאחר סיום הצרת המרווחים, למשל, "אם אין להן כיס עמוק כמו לבעל המונופולין המאפשר להם לספוג הפסדים בתקופת הטרף או משום שהן מפרשות את המחיר הנמוך כאיתות ליתרונו היחסי של בעל המונופולין" (ראה: שיצר גל ונבו, עמ' 12).

107. מן המקובץ עולה באופן ברור כי להצרת המרווחים בה נקטה בזק הייתה השפעה ישירה ומובהקת על יכולתן של מתחרות בזק לגייס לקוחות ולהגדיל את נתח השוק שלהן. פגיעה חמורה זו בתחרות בשוק הטלפוניה הנייחת נועד להנציח את כוח השוק העדיף של בזק ולמנוע הפחתת מחירים שהייתה בלתי נמנעת בטווח הארוך אילו הייתה מתקיימת תחרות משוכללת בשוק.

ד. הגדרת הקבוצה, הנזק שנגרם לה והסעדים המבוקשים

108. בית המשפט הנכבד מתבקש להגדיר את הקבוצה המיוצגת, בשמה מוגשת בקשה זו, בהתאם לסעיף 10(א) לחוק תובענות ייצוגיות באופן הבא: כל לקוחות שירותי הטלפוניה הקווית, בין אם מסופקים על ידי בזק ובין אם על ידי מתחרותיה, לרבות באמצעות טכנולוגיית VoB, החל מיום 15.1.2011 ועד למועד הגשת בקשה זו.

109. בהתאם להוראת סעיף 2(א)(7) לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010, אין צורך לכמת את הנזק שנגרם לקבוצה באופן מדויק בשלב דיוני זה של ההליך (ראה: ת.א. (ת"א) 2537/06 פרחון נ' מולטילוק בע"מ (פורסם בנבו; 9.2.2009) סעיף 36 להחלטתו של כבוד השופט בנימיני). אף על פי כן, ומבלי לגרוע מזכותו

של המבקש להוכיח את הנזק כדבעי בשלב הדיוני המתאים, בקשה זו נתמכת בחוות דעת מומחה במסגרתה נערך אומדן מפורט של הנזק שנגרם לציבור בגין התנהלותה הפסולה של בזק.

110. בהתאם לחוות דעת המומחה ד"ר קידר לוי, הנזק שנגרם לציבור נאמד באופן זהיר ושמרני בסך של 244 מיליון ש"ח.

111. הנזק שנגרם לציבור נאמד באמצעות בחינת הפער בין המחיר השורר בשוק אספקת שירותי טלפוניה ניחת, שנוצר כתוצאה מהצבת מכשלה מלאכותית לקיומה של תחרות המונעת מהתייעלות וחדשנות, והשוואתו למחיר היפותטי שהיה שורר בשוק בו קיימת תחרות משוכללת שהייתה מובילה להפחתת מחירים בטווח הארוך (the correct counterfactual). עמדה על כך הנציבות האירופית:

"The central question in antitrust damages quantification is hence to determine what is likely to have happened without the infringement. This hypothetical situation cannot be observed directly and some form of estimation is necessary to construct a reference scenario with which the actual situation can be compared. This reference scenario is referred to as the 'non-infringement scenario' or the 'counterfactual scenario'."

ראה: Commission Staff Working Document, Practical Guide: Quantifying Harm in Actions for Damages Based on Breaching of Article 101 or 102 of the Treaty on the functioning of the European Union, p. 10 (2013) [אסמכתא 9 לבקשה].

112. הערכת המחיר שהיה שורר בשוק הטלפוניה הניחת אלמלא פגעה בזק בתחרות מחייב את בחינת העלויות השוליות הכרוכות באספקת השירות וקביעת שיעור הרווח שהיה מתקבל בסבירות גבוהה נוכח קיומה של תחרות משוכללת.

113. בהיעדר נתונים בנוגע לעלויות בהן נושאת בזק, ד"ר קידר לוי נשען על בסיס התייחסות זהיר ושמרני ביותר לגבי תמחור סביר לשירותי הטלפוניה הניחת, בהתאם להמלצה לקביעת תשלומים מרביים לשירותים סיטונאיים ברשת בזק שנערכה על ידי פרופ' ראובן גרונאו ואגף הכלכלה של משרד התקשורת (סומן "יי" לעיל).

114. כפי שמצוין בהמלצה זו, מחיר קמעונאי של קו טלפוניה ניחת וחבילת שיחות של 300 דקות יהיה בסך שלא יעלה על 49.31 ש"ח לחודש. בהתאם לתמחור זה, לפיו מחיר דקת שיחה לא יעלה על סך של 3.3 אגורות, מחיר סביר של קו טלפוניה ניחת וחבילת שיחות של 200 דקות עומד על סך של 46 ש"ח, שהוא המחיר החלופי (the correct counterfactual) בחוות דעת המומחה ד"ר קידר לוי.

115. כפי שמובהר בחוות הדעת, מחיר חלופי זה הוא רחוק מהמחיר שהיה מתקבל בתחרות אפקטיבית בשוק והוא מהווה מקדם זהירות שמרני שיש בו גם לשקף, הרבה מעבר לדרוש, את ההנחה שנתח השוק וכוח השוק של בזק לא היה מאפשר קיומה של תחרות משוכללת לחלוטין בטווח הזמן המיידי אפילו בהיעדר התמחור הבלתי הוגן.

116. הפער בין המחיר החלופי לבין המחיר המונופוליסטי שגבתה בזק, המשתקף בתמחור קו טלפוניה ניחת וחבילת שיחות של 200 דקות לאחר ששת החודשים הראשונים של המבצע בסך של 60 ש"ח, מגלם אפוא את הנזק המינימאלי שנגרם לצרכן (כאשר סביר כי פערי המחירים בחבילות אחרות שאינן מיועדות

ללקוחות קטנים יהיו גבוהים בהרבה).

117. ד"ר קידר לוי העריך את גודל השוק ועשה שימוש במקדמי זהירות נוספים כגון ייחוס חלקי בלבד של פערי המחירים להתנהלות הפסולה נשוא ההליך והערכת משך הפגיעה בתקופה של שנה בלבד. בהתאם לחישוב שמרני זה עולה כי הנזק המינימאלי שנגרם לחברי הקבוצה עומד על סך של 244 מיליון ש"ח. המבקש שומר על זכותו לתקן את סכום הנזק הזהיר לאחר קבלת נתונים שלמים ומקיפים.

118. לפיכך, בית המשפט הנכבד מתבקש להצהיר, בהתאם לאמור לעיל, כי בזק הפרה את הוראת סעיף 29א(א) לחוק ההגבלים העסקיים האוסר על ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי באופן הפוגע בתחרות ובציבור, ובכלל זה את הוראת סעיף 29א(ב)(1), האוסר על קביעת מחיר בלתי הוגן, וסעיף 29א(ב)(4) האוסר על קשירה אסורה. עוד, מתבקש בית המשפט הנכבד להצהיר כי בזק הפרה את הוראת סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים האוסר על סירוב בלתי סביר לספק שירות.

119. בהתאם לכך, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות לבזק לפצות את חברי הקבוצה בגין הנזקים שנגרמו להם בעקבות התנהלותה הפסולה.

ה. התקיימות התנאים לאישור התובענה כייצוגית

120. התובענה, שבקשה זו מוגשת בגדרה, מתאימה באופן מובהק להתברר כייצוגית, כפי שיפורט להלן.

ה.1. למבקש עילת תביעה אישית

121. סעיף 4א(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "אדם שיש לו עילה בתביעה" רשאי להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית.

122. המבקש, מר חיים פרג, הוא לקוח פרטי של בזק ובעל עילת תביעה אישית, ולפיכך עונה על דרישה זו.

123. בזמנים הרלוונטיים לתובענה המבקש היה מנוי על שירותי הטלפוניה הנייחת של בזק במסגרת 'תכנית קו טלפון'. בגין שירותים אלו שילם המבקש תשלום חודשי קבוע עבור קו הטלפון בסך של 57.42 ש"ח, ותשלום חודשי משתנה עבור שיחות, בסך של 9.7 אג' לדקת שיחה לבזק בשעות השיא, 3.9 אג' לדקת שיחה לבזק בשעות השפל ו-12 אג' לדקת שיחה לטלפון סלולרי (מתוכם 5.4 אג' לבזק).

העתק חשבונית עבור חודש ינואר 2012, בה מפורטים התעריפים, מסומן "יא" ומהווה חלק בלתי נפרד מהתצהיר התומך בבקשה זו.

124. כפי שעולה מהמחיר החלופי (The Correct Counterfactual), שחושב באופן שמרני וזהיר על ידי ד"ר קידר לוי בהסתמך על המלצת פרופ' גרונאו ואגף הכלכלה במשרד התקשורת (סומן "י" לעיל), המבקש שילם מחיר מונופוליסטי באופן מובהק.

125. כך, בעוד המחיר החלופי עומד על סך של כ-40 ש"ח עבור קו הטלפון, המבקש שילם סך של 57.42 ש"ח בסמוך למבצע 200 דקות. כך, בעוד המחיר החלופי עומד על סך של 3.3 אג' עבור דקת שיחה, המבקש שילם סך הנע בין 3.9 אג' ל-9.7 אג' לדקת שיחה בסמוך למבצע 200 דקות.

126. לפיכך, אפילו אם נתעלם מהמחיר המונופוליסטי שגבתה בזק מהמבקש עבור שיחות, רק בגין התשלום הקבוע עבור קו הטלפון בלבד נגרם למבקש נזק של כ-18 ש"ח בחודש בעקבות התנהלות בזק וניצול מעמדה המונופוליסטי לרעה.

ה.2. התביעה נמנית על העניינים המפורטים בתוספת השנייה

127. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי ניתן לאשר תובענה ייצוגית רק אם היא נמנית על העניינים המפורטים בתוספת השנייה לחוק. פרט 4 לתוספת השנייה קובע כי ניתן להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית ב"תביעה בעילה לפי חוק ההגבלים העסקיים".
128. התביעה שבנדון מבוססת באופן מפורש על עילות המפורטות בחוק ההגבלים העסקיים. לפיכך, הבקשה נכנסת בגדר פרט 4 לתוספת השנייה.

ה.3. התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה ומשפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה

129. סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי ניתן לאשר תובענה ייצוגית כאשר היא מתייחסת לשאלות, של עובדה ומשפט, המשותפות לחברי הקבוצה.
130. כפי שעולה בבירור מהמפורט לעיל, השאלות הטעונות הכרעה בבקשה זו חורגת מעניינו האישי של המבקש בלבד, והן בעלות משמעות רבה עבור כל הקבוצה שייצוגה מבוקש.
131. במסגרת בירור התובענה הייצוגית דנן, צפויות להתברר באופן משותף ומרוכז שאלות המשותפות לכלל חברי הקבוצה: הן בעניין המסכת העובדתית הרלוונטית לכלל חברי הקבוצה, לרבות קיומה של הצרת מרווחים, קיומה של פגיעה בתחרות וקיומו של נזק שנגרם לקבוצה; והן בעניין הסוגיות המשפטיות העולות בבקשה זו, המשותפות אף הן לעניינם של כלל חברי הקבוצה.

ה.4. ישנה אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת הקבוצה

132. לאור המפורט בבקשה זו, ניתן לקבוע בפירוש כי המבקש עומד בתנאי זה וכי מדובר בתובענה שסיכוייה גבוהים.
133. הנטל המוטל על המבקש בשלב דיוני זה הוא להראות כי "קיימת אפשרות סבירה להכרעה לטובת קבוצת התובעים; הא ותו לא" (ראה: רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח נ' עמוסי (פורסם בנבו, 5.7.2012) סעיף 14 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיא ריבלין; ראה גם: ע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ (פורסם בנבו; 28.5.2012) סעיף 29 לפסק דינה של כבוד הנשיאה בייניש).
134. נדמה כי דברים אלו מבטאים נכונה, בלשון המעטה, אף את המצב בענייננו. הכרזות הממונה על קיום מונופולין משנת 1995 ומשנת 2000 מהוות ראיה לכאורה לעניין המעמד המונופוליסטי של בזק בשווקים הרלוונטיים. קביעת הממונה מהווה ראיה לכאורה לעניין ניצול לרעה של מעמדה של בזק כבעלת מונופולין באמצעות הצרת מרווחים וקביעת מחירים לא הוגנים ולעניין הפגיעה בתחרות ובציבור בעקבות כך. די בכך בכדי לאשר את הבקשה.

ה.5. תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין

135. כפי שיפורט, ניהול התובענה דנן כייצוגית תואם את עצם התכלית המצויה בבסיסו של כלי דיוני זה, ולא יכול להיות כל ספק כי זו הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, כדרישת סעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

136. בית המשפט העליון עמד על התכליות העומדות ביסוד כלי התובענה הייצוגית: כאמצעי לאכיפת החוק במישור האזרחי מקום בו סנקציות פליליות ועונשיות או סנקציות מטעם הרשויות המפקחות אינן מספיקות; וכאמצעי ליצור שוויון במאזן הכוחות בין גופים בעלי עוצמה לבין ציבור גדול ובלתי מסוים, (ראה: רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נו(3) 220, 237 (2003); ע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש ז"ל, תק-על 2007(2) 3367, 3415 (2007)).

137. תכליות אלו מקבלות משנה תוקף בשימוש בכלי התובענה הייצוגית בכדי לאכוף הוראות מחוק ההגבלים העסקיים שהוא "המגנא כרטא של זכויות הצרכן" (ראה: ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית, פ"ד נב(5) 213 (1998)). "התובענה הייצוגית ההגבלית היא כלי חשוב מאין כמותו לאכיפתו של חוק ההגבלים העסקיים, על הערכים החשובים שבבסיסו (ראה: א' ישראלי, כוחו של השוק: התביעה הייצוגית מכוח חוק ההגבלים העסקיים, משפטים לו 131, 175 (תשס"ז)).

138. הנה כי כן, תובענה ייצוגית הינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה בהליך שבנדון.

ה.6. עניינם של חברי הקבוצה יוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב

139. דרישות אלו, המעוגנות בסעיפים 8(א)(1)-(2) לחוק תובענות ייצוגיות, מתקיימת אף הן בענייננו.

140. הנזק שנגרם למבקש עקב התנהלות בזק זהה לנזק שנגרם לשאר חברי הקבוצה, כמפורט בהרחבה לעיל. לפיכך, המבקש מייצג בתובענה זו את האינטרס של כלל חברי הקבוצה מתוך מטרה להביא למיצוי זכויותיהם כלפי בזק והוא עתיד לייצג בדרך הולמת ובצורה ראויה את עניינם של כלל חברי הקבוצה. המבקש מגיש תובענה זו, ואת הבקשה המוגשת בגדרה, בתום לב, ומתוך אמונה באיתנות תביעתו ובסיכווייה הגבוהים להתקבל.

141. עוד יצוין, כי באי-כוחו של המבקש, החתומים מטה, הינם בעלי ידע וניסיון בתחום הליטיגציה, לרבות בתחום התובענות הייצוגיות, וביכולתם לנהל את התובענה, ולייצג את הקבוצה בשמה היא מוגשת, באופן ראוי והולם.

ו. סוף דבר

142. מן המקובץ לעיל עולה, כי דינה של הבקשה לאישור התובענה כייצוגית להתקבל. אשר-על-כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הבקשה, להורות על ניהול התובענה כייצוגית; להורות על מתן סעדים לטובת הקבוצה המוגדרת בבקשה זו, והכול כפי שמפורט לעיל.

143. כמו כן, מבוקש לחייב את בזק בהוצאות הבקשה ובשכר טרחת עורכי דין כדן.

144. לבקשה זו מצורף תצהיר המבקש וחוות דעת מומחה שנערכה על ידי ד"ר קידר לוי לתמיכה בעובדות המפורטות בה.

תל אביב, היום 26 בחודש אוגוסט, 2015 .