

סימוכין: 69850

טופס פנייה ללשכת היועץ המשפטי לממשלה

פרטי הפונה (שדות המסומנים בכוכבית (*) הם שדות חובה)

| | | | |
|------------------------|------------------|----------|--|
| שם פרטי | שם משפחה | | |
| אברהם | וייס | | |
| רחוב | מטען למשלוח דואר | | |
| גולדה מאיר | ישוב | | |
| | ראשון לציון | | |
| מיקוד | תא דואר | מספר בית | |
| 7572013 | | 13 | |
| טלפון מישני | טלפון ראשי | | |
| 077-4900585 | 054-4660805 | | |
| פקס | | | |
| 077-4900585 | | | |
| דואר אלקטרוני | | | |
| aviw@telecomnews.co.il | | | |

מענה המשרד יישלח בפקס או בדואר בלבד

פרטי הפנייה (שדות המסומנים בכוכבית (*) הם שדות חובה)

נושא

בקשה לתקן הטעיה של הפרקליטות של בגץ בעניין הכרזת בזק כמונופול בתשתיות

תיאור המקרה:

- בבג"ץ 1204/19 שהתקבלה בו החלטת ביניים, בתגובת המדינה, הבג"ץ הוטעה וכמה פעמים (מצ"ב דוגמאות) שיש הכרזה שבזק היא מונופול בתחום התשתיות.
- ההטעיה הזו נמשכת, למשל במכתבו הטרי של מנכ"ל משרד התקשורת לבזק.
- מצ"ב תכתובת עם משרד המשפטים מזה חודשים - שלא הובילה לתיקון.
- מומלץ שהעניין יתוקן כעת מיוזמתך.

שורה 1

מסמך

התכתובת עם משרד המשפטים בעניין מונופול בזק:

שורה 2

מסמך

נתי כהן לבזק מונופול בתשתיות.pdf

שורה 3

מסמך

1204.19 בגץ merged.pdf

טופס זה מנוסח בלשון זכר אך מיועד לשני המינים כאחד.

מאת: TelecomNews <AviW@telecomnews.co.il>
נשלח: 08:38 2020 ינואר 27 שני
אל: 'Dover Mail'
עותק: 'מליטה שפיר' (melitas@aa.gov.il); 'Miri Ben Shabat'; 'Yaffa Nuriel (Yaffa@aa.gov.il)'; 'Yaira Frenkel (angela@aa.gov.il)'
נושא: RE: 1204/19 שאלה בעניין תגובת המדינה לבג"ץ

תזכורת
בברכה
אבי

From: TelecomNews [mailto:AviW@telecomnews.co.il]
Sent: Wednesday, January 22, 2020 10:31 AM
To: 'Dover Mail'
Cc: 'מליטה שפיר' (melitas@aa.gov.il); 'Miri Ben Shabat'; 'Yaffa Nuriel (Yaffa@aa.gov.il)'; 'Yaira Frenkel (angela@aa.gov.il)'
Subject: RE: 1204/19 שאלה בעניין תגובת המדינה לבג"ץ
Importance: High

שלום רב,
בהמשך לפנייתי שיש כאן למטה, הצלחתי לאתר מתי ומי שינה את ההגדרה של בזק כמונופול בתחום התשתיות:
א. זו הייתה החלטה של עו"ד דרור שטרומ, מי שהיה אז הממונה על ההגבלים העסקיים. בהחלטתו שפורסמה ברבים וברשומות, הוא החליף את הגדרת בזק כמונופול בתחום התשתיות, להגדרה חדשה של מונופול בתחום השירותים, עם פיצול בין השירות לפרטיים לשירותים לעסקים (לכן נצרו 2 הגדרות חדשות אז למונופול בתחום השירותים). ההגדרה הישנה בוטלה ולא חודשה מאז ועד היום.
ב. הסיבה לשינוי הזה בהגדרות: החלטה של בית הדין להגבלים עסקיים ([ערר 1/01 מ-9.6.03](#))

מצ"ב כל החומר הנוגע לנושא, בקובץ PDF, הקובץ הזה לקוח מתוך המאמר ([כאן](#)) שעבר עדכון מקיף, לאור המסמכים שמצאתי. המסמכים החדשים מצויים בעמוד הרביעי במסמך ה-PDF המצ"ב, שמכיל את כל התכתובת בנושא, שמתחילה בעמוד הראשון בסעיף 1. לכן, לפי המסמכים, מדובר כאן בהטעיית הבג"ץ - במונחים שונים לחלוטין של הגדרת בזק כמונופול בתחום שירותי האינטרנט (בשונה מהגדרתה כמונופול בתחום התשתיות – תשתיות פסיביות במהותן, הגדרה שבוטלה ב-2004 והומרה לשתי הגדרות חדשות)..

אודה שתבדקו שוב את תשובתכם המטעה, לאור הנתונים החדשים שאני מביא ומציג, מתוך מסמכי הרשות להגבלים עסקיים, בנוגע לבזק והגדרתה כמונופול בתחום שירותי האינטרנט.

בברכה
אבי

From: TelecomNews [mailto:AviW@telecomnews.co.il]
Sent: Saturday, January 11, 2020 10:04 PM
To: 'Dover Mail'
Subject: RE: 1204/19 שאלה בעניין תגובת המדינה לבג"ץ

תזכורת
בברכה
אבי

From: Aviw [mailto:aviw@telecomnews.co.il]
Sent: Monday, December 23, 2019 6:05 PM
To: 'Dover Mail'
Subject: RE: 1204/19 ץ לבג"ץ המדינה תגובת המדינה לבג"ץ

שלום רב
תודה על התשובה אבל היא שגויה לחלוטין.
תשתיות אינטרנט הן אינן סעיפים 4 ו-5
תשתיות אינן שירותים.

תשתיות מוגדרות כשכבה 1 ולכל היותר 1 ו-2 בתקשורת, בעוד ששירותים הם שכבות 3 עד 7 בתקשורת.
אין כל קשר בין המונחים והם מתייחסים לדברים שונים לחלוטין. ממש שונים.

זה מוסבר כאן למטה בשאלתי ואחזור על זה שוב בקצרה:

תשתיות זה תעלות, צינורות, כבלים, חשמל, סיבים, ומוצרי תשתית שמחברים את הרשת הפיסית של ספק התקשורת.

שירותים הם מה שהמשתמשים זוכים לקבל **כשירות** מהספק (החל מאינטרנט וכלה בטלפוניה). זה יכול להיות משתמשים עסקיים (שמקבלים למשל תקשורת ותמסורת, סעיפים 2 ו-3), או משתמשים פרטיים (וגם עסקיים) שמקבלים טלפוניה (סעיף 1), או אינטרנט (סעיפים 4 ו-5).
מי שמבלבל ביניהם מצביע על **בורות מוחלטת בעולם מונחי התקשורת, או בהטעה מכוונת.**

לכן, מדובר כאן **בהטעיית הבג"ץ - במונחים שונים לחלוטין.**

כך שהתשובה שיש כאן לא נכונה, למרות שעמד לרשותכם המון זמן להשיב.

אודה שתבדקו שוב את תשובתכם המטעה.

בברכה
אבי

From: Dover Mail [mailto:DoverMail@justice.gov.il]
Sent: Monday, December 23, 2019 2:18 PM
To: 'aviw' <aviw@telecomnews.co.il>
Subject: RE: 1204/19 ץ לבג"ץ המדינה תגובת המדינה לבג"ץ

שלום אבי,

פנייתך הועברה להתייחסות רשות התחרות ומשרד התקשורת, ולהלן התייחסותם:

ייעל פי החלטות הממונה על התחרות, בזק מוכרזת כבעלת מונופולין במספר תחומים:

1. שירות טלפון בסיסי ;
2. מתן שירותי תשתית התקשורת ;
3. שירותי העברה ותמסורת של שידורים לציבור ;
4. אספקת שירותי גישה בקצב מהיר באמצעות רשת הגישה למנוי ;
5. אספקת שירותי גישה בקצב מהיר באמצעות רשת בזק ציבורית מרכזית.

המונח מונופול מוכרז בתחום תשתית האינטרנט, כפי שהוזכר בתגובה לעתירה (בסעיפים 9, 13 ו-68), מתייחס לתשתית האינטרנט כפי שנכללת בהכרזה משנת 2000 שתוקנה בשנת 2004 (סעיפים 4 ו-5 לעיל).

בברכה,

שקד הדר
 דוברות משרד המשפטים
 0733925487  Dover@justice.gov.il



אגף בכיר דוברות, הסבדה ותקשורת
 SPOKESPERSON'S OFFICE
 مكتب الناطق باسم وزارة العدل

משרד המשפטים
 MINISTRY OF JUSTICE | وزارة العدل 

מסמכים משפטיים מופצים על ידם בהשקטות ושייכים מחייבים. האחריות לבדיקה אם קיים צו איסור פרסום או מניעה אחרת לפרסום, מוטלת לפתחו של כלי התקשורת המפרסם.

From: aviw [<mailto:aviw@telecomnews.co.il>]
Sent: Saturday, December 21, 2019 4:36 PM
To: Dover Mail
Subject: RE: 1204/19 לבג"ץ תגובת המדינה לבג"ץ 1204/19

שלום רב
 ?מה התשובה
 בברכה
 אבי

-----הודעה מקורית-----

מאת: Dover Mail <DoverMail@justice.gov.il>

2.10.2019 03:51 (GMT-05:00) תאריך:

אל: "aviw@telecomnews.co.il" <aviw@telecomnews.co.il>

נושא: RE: 1204/19 "שאלה בעניין תגובת המדינה לבג

שלום אבי,

אנו בוחנים את העניין מול הגורמים הרלוונטיים, ומטבע הדברים הדבר אורך זמן.

בברכה,

חיים גולדיטש

דוברות משרד המשפטים

Dover@justice.gov.il 02-6466379 ☎



From: TelecomNews [<mailto:AviW@telecomnews.co.il>]
Sent: Saturday, September 28, 2019 9:03 AM
To: Dover Mail; Dover Mail
Cc: 'מיכל דגן-דוברות'; lishka@competition.gov.il; Sigal Gerstel; שר המשפטים; Yuval Goren
Subject: RE: 1204/19 ץ לבג"ץ שאלה בעניין תגובת המדינה לבג"ץ
Importance: High

תזכורת

בברכה ושנה טובה

אבי וייס

From: TelecomNews [<mailto:AviW@telecomnews.co.il>]
Sent: Thursday, September 26, 2019 10:41 AM
To: 'משפטים'; 'דוברות משרד המשפטים'; 'DoverMail@justice.gov.il'
Cc: 'Sarat Mishpatim'; 'Yuval Goren'; 'מיכל דגן-דוברות'; 'סיגל גרסטל'; 'sigalge@justice.gov.il'
Subject: 1204/19 ץ לבג"ץ שאלה בעניין תגובת המדינה לבג"ץ
Importance: High

שלום רב ושנה טובה,

1. [בתגובת המדינה לבג"ץ 1204/19](#) יש פסקה אחת שחוזרת על עצמה כמה וכמה פעמים בתגובה (מצ"ב צילום לדוגמה של פסקה אחת – סעיף 9 בתגובת המדינה), מה שחוזר על עצמו שוב ושוב לאורך כל המסמך, עם אמירה ש: "בזק היא מונופול מוכרז בתחום תשתיות האינטרנט".

2. היכן ההכרזה הזו, שבזק היא "מונופול מוכרז בתחום תשתיות האינטרנט"?

הרי ההכרזה הזו אינה סודית והיא אמורה להיות מפורסמת \ מוכרזת באיזה מקום, כאמור בחוק (מצ"ב צילום סעיף החוק הנוגע, סעיף 26 לחוק התחרות, אם לא מצאתם את החוק המתאים להכרזות על מונופולים)?

אין צורך שתחפשו, כי כבר חיפשתי וגם שאלתי את הרשות לתחרות וגם את בזק ומשרד התקשורת – אין הכרזה כזו בשום מקום. פשוט אין.

ההכרזות על "מונופול בזק" קיימות מאז שנת 2000 (כאן), הכרזה שעודכנה לאחר מכן (לאור ערר של בזק) ב-2004 (כאן וכאן), ולענייננו נקבע אז (וזו בתוקף עד היום) שבזק היא מונופול מוכרז בשני תחומים:

1) "אספקת שירותי גישה בקצב מהיר באמצעות רשת הגישה",

2) "אספקת שירותי גישה בקצב מהיר באמצעות רשת בזק ציבורית מרכזית".

שתי ההגדרות הללו מתייחסות לאספקת שירות לציבור באמצעות רשת בזק, שזו רשת תקשורת, שיש לה מרכיבים רבים המפורטים בהכרזות, דוגמת: סיבים, חוטי נחושת, מרכזיות, נתבים, מודמים, חוות שרתים וכיו"ב [וגם ככתוב בהגדרה: "אמצעי מיתוג, ניתוב ותמסורת, המאפשרים יצירת קשר בין יחידות ציוד קצה שונות המחוברות או קשורות אליו, במישרין או בעקיפין, והעברת מסרי בזק"]. כלומר: המונופול הוא בתחום ה"שירות – שירותי גישה" לצרכנים באמצעות "רשת תקשורת \ רשת בזק".

זו אינה הכרזה על מונופול בתחום "תשתיות אינטרנט", שזו הגדרה הכוללת בתוכה גם תשתיות אקטיביות וגם פאסיביות למינן, שבינן לבין המונח "רשת" ו"שירותי גישה", המופיעות בהכרזות שצוינו לעיל, אין שום קשר. פשוט כלום. "ערבוב מין שבאינו מינו".

3. יתרה מכך. הממונה על התחרות, קבעה אך לאחרונה שבזק היא מונופול בתחום אחר לגמרי (בתחום "תשתיות האינטרנט") – מצ"ב צילום ההכרזה שלה הנמצאת כאן, הקביעה הזו חוזרת על עצמה כמה וכמה פעמים בהחלטה הזו של הממונה על התחרות והיא: "בזק היא מונופול בתחום התשתיות הפאסיביות באזורים הבלעדיים".

4. אני כרגע מתעלם מהשאלה, האם ההכרזה הזו של הממונה על התחרות בתוך הודעה על קנס על בזק, עונה על תנאי החוק בסעיף 26 - של "הכרזה על מונופול", שדורשת, בין היתר, הודעה ברשומות ופרסום באינטרנט, ומתעלם לחלוטין גם מהשאלה: מה זה "אזורים בלעדיים" ועל פי אילו בסיסי נתונים בזק היא "מונופול בתשתיות פאסיביות באזורים הבלעדיים" הללו (אין במסמך של הממונה שום נתונים כאלו והעניין הזה מאוד מעורפל בהגדרתו), ואני נשאר כעת רק עם השאלה:

אם הממונה על התחרות קבעה שבזק היא מונופול בתחום מאוד צר, קטן ומוגדר: "תשתיות פאסיביות באזורים הבלעדיים", הכיכוד המדינה מציגה בפני שופטי הבג"ץ, קביעה עובדתית אחרת לחלוטין, שחוזרת על עצמה כמה וכמה פעמים במסמך המענה לבג"ץ, שבזק היא "מונופול מוכרז בתחום תשתיות האינטרנט", שזו הגדרה מאוד רחבה של מונופול, הגדרה שמעולם לא הוגדרה בשום מקום ואף לא הוכרזה בשום מקום ולא ברור לי מהיכן קביעה כזו הומצאה.

הרי יש בכך חשש להטעיית שופטי הבג"ץ, בעובדה בסיסית לא נכונה לחלוטין, בנקודה אולי הכי מרכזית, לעניין הנדון בבג"ץ הזה.

5. האם בדעת הפרקליטות לפנות לבג"ץ ולטעון שחלה "טעות סופר", בקביעה המוצגת ע"י המדינה, ש"בזק היא מונופול מוכרז בתחום תשתיות האינטרנט" ולמעשה אין ולא היה מעולם דבר כזה, כשאוילי יש כאן דבר אחר לגמרי: שבזק היא "מונופול בתחום התשתיות הפאסיביות באזורים הבלעדיים", קביעה די חדשה שלא בוצעה לגביה הכרזה כנדרש בחוק, וקביעה חדשה זו של בזק כמונופול בתחום ספציפי זה (תשתיות פאסיביות באזורים הבלעדיים), טרם נדונה באיזו ערכאה שיפוטית.

אודה להתייחסותכם הדחופה.

בברכה

אבי



Avi Weiss, M.Sc.

Editor-in-Chief

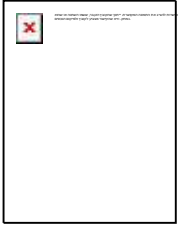
TelecomNews

Israel High-Tech News

AviW@TelecomNews.co.il

972-54-4660805

Web: www.TelecomNews.co.il



הוראות הפרדה המבנית החלות על בזק, קובעות חובה להפרדה מלאה בין מגזרי הפעילות השונים בקבוצת בזק על מנת למתן את כוחה של החברה, שהוכרזה כמונופול בתשתית הנייחת, בשירות טלפוניה פנים ארצית ובשירות תמסורת ותקשורת נתונים, ועל מנת למנוע מבזק למנף את כוחה המונופוליסטי למגזרי פעילות שבהם חלקה והשפעתה נמוכים יותר.



02 65310
02 624077
מסלול 2020 2020 5000
כ"ג בטבת תש"פ
18 בינואר 2020

הירוק
הירוק
שינוי
האריך יגרי
האריך יועזי

לכבוד
מר דודו מורחז
מנכ"ל
בנק החברה הישראלית לתקשורת ג'יי

שלום רב,

הודון: פלטפורמה אינטרנטית להגשת תוכן

שינויין: ניתוח טיפוס 18 בדצמבר 2019

1. במכתבך שבסמך ביקשת להציג תיאור סכמטי של שירות הגישה תוכן אשר בזק כוחה את השירות, כאשר "הערך המוסף של בזק ותחיקה כבניית נטייה מיטיבה משתמש והסדרי חיוב וזביה על פי ההסכם שבין ספק התוכן והלקוח". במכתב ציינתם כי לעומתכם, "אין הנידובר בשירות בזק (טלקומוניקציה) הודוש אישור או הסדרה כלשהי, שכן היישומים והתכנים ניתנים על גבי רשת האינטרנט והם אינם כאלה שבזק יזמה".
2. לאחר בחינת מאפייני השירות המתוארים במכתבך, אנו סבורים כי קיים חשש לפגיעה בתכלית הוראות הפרדה המבנית החלות על בזק ולהשפעה על התחרות בשוק השידורים הן ניצול כוחה של בזק בשוק הנייה
3. הוראות הפרדה המבנית החלות על בזק, קובעות חובה להפרדה מלאה בין מגזרי הפעילות השונים בקבוצת בזק על מנת למתן את כוחה של החברה, שהוכרזה כמנופול בתשתית הנייחה, בשירות טלפוניה פנים ארצית ובשירותי מסורת ותקשורת נתונים, ועל מנת למנוע מבזק למנף את כוחה המונופוליסטי למגזרי פעילות שבהם חלקה והשפעתה נמוכים יותר
4. ממכתבכם עולה, כי אחד ממאפייניו של השירות המתואר הוא מערך החיוב והגביה המוצע למשתמש הקצה. במסגרת זו, על אף שלטענתכם לא תהיה אספקה ישירה של תכנים על ידי בזק, וההתקשרות מתבצעת כביכול בין הלקוח לספק התוכן, משמש השירות כמתווך, ומהווה עבור הלקוח מעין "stop shop טהור" לכל המחוז לעניין החיוב והגביה, ולא מן הנמנע שיאפשר הזמנת חבילות תוכן שונות מספקי תוכן אודיו ויזואלי על גבי האינטרנט ("שחקני OTT"). אקט תיווך זה, מאפשר את הצבת בזק בחזית מול הלקוח כשחקן OTT בשוק השידורים, בין היתר, כהאחדת החשבוניות, התשלומים ובאמצעים שיווקיים כאלה ואחרים שיוצעו במסגרת הפלטפורמה.
5. כידוע לכם, המשרד נמצא בעיצומו של תהליך עדכון האסדרה על שוק השידורים הרב ערוצי, ואף הפיץ תזכיר חוק אשר בו מוצע לאחד את האסדרה על שחקנים שונים בשוק השידורים, ובהם שחקני OTT, מתוך עיקרון של אדישות טכנולוגית. מכאן שעל אף ששירותי OTT אינם מאוסדרים כעת, ברור כי לעמדת המשרד יש לראות בהם כחלק ממארג השירותים האודיו-ויזואליים העשויים להשפיע על התחרות בשוק השידורים, בו מועלת קבוצת בזק באמצעות חברת הבת די.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ ("YES").
5. מהאמור עולה, כי השירות האמור יאפשר לבזק לפעול במגזר פעילות בו מועלת YES ובאופן זה להגדיל את כוחה המונופוליסטי בשוק המפי"א על ידי הצעת חבילת שירותים הכוללת שירותי OTT במעין "באנדל המוכן" בשוק השידורים מחד גיסא, וכן להשפיע באמצעים שיווקיים על היקף ומעילותם של שחקנים במגזר אספקת התוכן האודיו ויזואלי מאידך גיסא, וזאת כאשר כאמור, על פעילותה של קבוצת בזק במגזר פעילות זה להתבצע אך ורק באמצעות חברת הבת YES.
7. לסיכום, הפלטפורמה האינטרנטית להגשת תוכן אינה עומדת בקנה אחד עם תכלית הפרדה המבנית ויש חשש להשפעה על התחרות בשוק השידורים הן ניצול כוחה של בזק בשוק הנייה, ואשר על כן אין החברה רשאית להשיק שירות זה.

בברכה,

נתנאל (נתי) כהן

המנהל הכללי



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1204/19

לפני :
כבוד השופט ד' ברק-ארז
כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופט א' שטיין

העותרת : "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ

נ ג ד

- המשיבים :
1. שר התקשורת
 2. מנכ"ל משרד התקשורת
 3. משרד התקשורת
 4. ממשלת ישראל
 5. שר האוצר
 6. הוט טלקום שותפות מוגבלת
 7. איי.בי.סי איזראל ברודבאנד קומפני (2013)
 8. פרטנר תקשורת בע"מ
 9. פרטנר פתרונות תקשורת נייחים שותפות מוגבלת
 10. 012 טלקום
 11. 012 סמייל טלקום בע"מ
 12. סלקום ישראל בע"מ
 13. סלקם תקשורת קווית שותפות מוגבלת
 14. 013 נטויזין בע"מ
 15. ועידן פתרונות קונפרנסיג עסקיים שותפות מוגבלת
 16. הוט מוביל בע"מ
 17. הוט מובייל תקשורת בינלאומית בע"מ
 18. אקפסון 018 בע"מ
 19. טריפל סי מחשוב ענן בע"מ
 20. גולן טלקום
 21. גולן טלקום בינלאומי בע"מ
 22. גלי פון בע"מ
 23. פרי טלקום בע"מ
 24. רמי לוי שיווק השקמה תקשורת בע"מ
 25. בינת עסקים בע"מ
 26. הום סללור בע"מ
 27. סלקט תקשורת בע"מ
 28. טלזר 019 שירותי תקשורת בינלאומיים בע"מ
 29. השקמה אן. גיי. אן. תקשורת בינלאומי 015 בע"מ
 30. סלראן תקשורת סלולרית בע"מ
 31. הוט נט שירותי אינטרנט בע"מ
 32. קולנט תקשורת בע"מ
 33. אינטרנט רימון ישראל 2009 בע"מ
 34. אינטרנט בינת בע"מ
 35. מארס 019 טלקום בע"מ

36. אר. אל אינטרנט ורשתות בע"מ
 37. עמית - נט טלקום בע"מ
 38. איי.טי.סינג. בע"מ
 39. פורמלי אמאנטק איי.אס.פי בע"מ
 40. וואי- טק פתרונות בע"מ
 41. 099 פרימו תקשורת בע"מ
 42. קוויק לינק 011 לעסקים בע"מ

עתירה למתן צו על-תנאי

- תאריך הישיבה : ד' בשבט התש"ף (30.1.2020)
- בשם העותרת : עו"ד ניר כהן, עו"ד אמיר בן-ארצי, עו"ד יעד רותם
- בשם המשיבים 5-1 : עו"ד אודי איתן, עו"ד עמרי אפשטיין
- בשם המשיבות 6, 16, 17 ו-31 : עו"ד חגי דורון
- בשם המשיבות 8-11 : עו"ד דרור סברנסקי, עו"ד גילי ברוקס ורון
- בשם המשיבות 12-13 : עו"ד רועי בלכר, עו"ד מוהנד נאסר, עו"ד עדי עמיתי
- בשם המשיבות 7, 14-42 : אין התייצבות

החלטה

בפתח הדיון ביקשנו מן המדינה להבהיר מהו פרק הזמן הצפוי להשלמת עבודתו של הצוות המקצועי, ולא כל שכן בהתחשב בזמן הרב שחלף והערך שנודע לקבלת החלטות במהירות ראויה. לאחר הפסקה בדיון והתייעצות נמסר לנו כי הצוות ישלים את עבודתו ויגיש את המלצותיו בתוך ארבעה חודשים מהיום. הנחתנו היא שכך ייעשה.

הודעת עדכון מטעם המדינה תוגש לא יאוחר מיום 15.6.2020 ויש לקוות שלא יוגשו בקשות לקבלת ארכה בעניין זה. לאחר מכן נחליט על המשך הטיפול בתיק.

הצדדים שומרים על טענותיהם.

ניתנה היום, ד' בשבט התש"ף (30.1.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

"בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ ח.צ. 520031931
על ידי ב"כ ניר כהן, לשם, בן-ארצי ושות', עורכי דין
מרחוב ברקוביץ' 4, מגדל המוזיאון, תל אביב, 6423806
טלפון: 03-6968270; פקס: 03-6968277

העותרת

נ ג ד

1. שר התקשורת
 2. מנכ"ל משרד התקשורת
 3. משרד התקשורת
 4. ממשלת ישראל
 5. שר האוצר
- על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466246; פקס: 02-6467011
6. הוט טלקום שותפות מוגבלת
ע"י ב"כ ניר אוגלוניק
ממשרד ש. הורוביץ
מרחוב אחד העם 31 תל אביב, 6520204
טלפון: 03-5670700; פקס: 03-5660974
 7. איי.בי.סי איזראל ברודבאנד קומפאני (2013) בע"מ
ע"י ב"כ רולי קלינגר מחברת איי.בי.סי איזראל ברודבאנד קומפאני
(2013) בע"מ
מרחוב יגאל אלון 90 תל אביב
טלפון: 073-2121001
 8. פרטנר תקשורת בע"מ
 9. פרטנר פתרונות תקשורת נייחים שותפות מוגבלת
 10. 012 טלקום
 11. 012 סמייל טלקום בע"מ
המשיבות 11-8 ע"י ב"כ עוה"ד גילי ברוקס
ממשרד אגמון ושות'
מרחוב דרך אגודת ספורט הפועל 1, ירושלים, 92149
טלפון: 02-5607607; פקס: 02-5639948
 12. סלקום ישראל בע"מ
 13. סלקום תקשורת קווית שותפות מוגבלת
המשיבות 13-12 ע"י ב"כ עוה"ד רועי בלכר
מרחוב מצדה 7, בני-ברק,
טלפון: 0733202021; פקס: 0733202031
 14. 013 נטוויז'ן בע"מ (חיסול ע"י בית המשפט) (אצל עו"ד ליאת
מנחמי-שטדלר)
 15. ועידן פתרונות קונפרנסינג עסקיים שותפות מוגבלת
מרחוב אפעל 35, פתח-תקווה, 4951132
 16. הוט מובייל בע"מ
 17. הוט מובייל תקשורת בינלאומית בע"מ
המשיבות 17-16 ע"י ב"כ ניר אוגלוניק
ממשרד ש. הורוביץ
מרחוב אחד העם 31 תל אביב, 6520204
טלפון: 03-5670700; פקס: 03-5660974
 18. אקספון 018 בע"מ
מרחוב האודם 1, קרית מטלון, פתח-תקווה, 4951784
 19. טריפל סי מחשוב ענן בע"מ
מרחוב הסיבים 49, פארק ינאי, פתח-תקווה, 4959504
 20. גולן טלקום בע"מ
 21. גולן טלקום בינלאומי בע"מ
מרחוב יגאל אלון 98, תל-אביב, 6789141
 22. גלי פון בע"מ
מרחוב יצחק בן-צבי 60, חיפה, 2624212
 23. פרי טלקום בע"מ

- מרחוב המלאכה 1, לוד, 7152001
24. **רמי לוי שיווק השקמה תקשורת בע"מ**
מרחוב האומן 15, ירושלים, 9342110 (אצל רמי לוי שיווק השקמה)
25. **בינת עסקים בע"מ**
מרחוב ראול ולנברג 24, תל אביב, 6971920
26. **הום סלולר בע"מ (חברת אייצ' סי אימפורט בע"מ)**
מרחוב טוליפמן 7 ראשון לציון, 75364 (אצל הום סנטר עשה זאת בעצמך בע"מ)
27. **סלקט תקשורת בע"מ**
ממרכז מסחרי חוצות שפיים, שפיים, 6099000
28. **טלזר 019 שירותי תקשורת בינלאומיים בע"מ**
מרחוב אירוס 10, אריאל
29. **השקמה אן.ג'י.אן. תקשורת בינלאומית 015 בע"מ**
מרחוב המלאכה 14 ראש העין, 4809133
30. **סלראן תקשורת סלולרית בע"מ (באמצעות הנאמן עו"ד גיא גיסין)**
מרחוב הברזל 38, תל-אביב, 6971054
31. **הוט נט שירותי אינטרנט בע"מ**
המשיבה 31 ע"י ב"כ ניר אוגלוניק
ממשרד ש. הורוביץ
- מרחוב אחד העם 31 תל אביב, 6520204
טלפון: 03-5670700; פקס: 03-5660974
32. **קולנט תקשורת בע"מ**
מרחוב הארון אל-רשיד 3, ירושלים, 9591303 (אצל עלמי ראני)
33. **אינטרנט רימון ישראל 2009 בע"מ**
מרחוב רחבעם זאבי 2, גבעת-שמואל, 54017
34. **אינטרנט בינת בע"מ**
מרחוב הברזל 27, תל-אביב, 6971039
35. **מארס 019 טלקום בע"מ**
מרחוב אתגר 5, טירת הכרמל, 3903216
36. **אר.אל אינטרנט ורשתות בע"מ**
מרחוב בורוכוב 9, חולון, 5843341
37. **עמית – נט טלקום בע"מ**
רחוב ההסתדרות 78, חיפה
38. **איי.טי.סי נג בע"מ**
מרחוב היסמין 5, כוכב יאיר
39. **אמאנטק איי.אס.פי. בע"מ**
מאוס אל-פאחם, 3001000
40. **וואי – טק פתרונות בע"מ**
מרחוב העמל 13, פארק אפק, ראש העין, 4809249
41. **099 פרימו תקשורת בע"מ**
מהר הזיתים, ירושלים (אצל גיבל אלזיתון אן טור)
42. **קוויק לינק 011 לעסקים בע"מ**
מרחוב התע"ש 20, כפר-סבא, 4442520

ה מ ש י ב י ם

תגובה מקדמית מטעם המדינה

1. בהתאם להחלטת כב' השופט עמית מיום 14.2.19, ולהחלטות בבקשות להארכת מועד, מתכבדים המשיבים 1-5 (להלן: **המדינה**) להגיש את תגובתם המקדמית לעתירה.

2. עניינה של העתירה בבקשת העותרת, "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: **בזק** או **החברה**), כי בית המשפט הנכבד יורה לשר התקשורת (להלן: **השר**) לפעול לביטול חובת ההפרדה המבנית בינה ובין שלוש חברות בת שלה (חברת די. בי. אס שירותי לוויין (yes) (להלן: **יס**); חברת בזק בינלאומי בע"מ (להלן: **בזק בינלאומי**); וחברת פלאפון תקשורת בע"מ (להלן: **פלאפון**) (להלן: **חברות הבת**)), כפי שמעוגנת ברישיונה הכללי למתן שירותי בזק פנים-ארציים.

זאת, לטענת העותרת, בהתבסס על התחייבות נטענת של המשיבים במסמך מדיניות של שר התקשורת מיום 2.5.12 בנושא "הרחבת התחרות בתחום התקשורת הנייחת - שוק סיטונאי" (להלן: **מסמך המדיניות**), והחלטת הממשלה מס' 157 מיום 13.5.13 בעניין "עיון סמכויות שר התקשורת לצורך יישומו של שוק סיטונאי" (להלן: **החלטת הממשלה**).

לחלופין, ביקשה העותרת את ביטול ההפרדה המבנית ביחס לכל אחת משלוש חברות הבת, וזאת לאלתר או בלוחות זמנים קצובים שייקבעו לשם כך.

3. כפי שיפורט בהרחבה להלן, הסוגיה העומדת במרכזה של העתירה, חובת ההפרדה המבנית המוטלת על העותרת (ועל קבוצת הוט), מצויה על שולחנו של צוות ייעודי במשרד התקשורת (להלן: **המשרד**) בראשותו של מנכ"ל המשרד הבוחן נושא זה, אשר עתיד לגבש מסקנותיו והמלצות לשר התקשורת בתום עבודתו.

בנסיבות אלה, משהסוגיה מושא העתירה תלויה ועומדת כאמור בפני הגורמים הרלוונטיים וממילא טרם גובשו המלצות על ידי הצוות ולא התקבלה החלטה בנושא, המדינה תטען כי העתירה דנן היא מוקדמת וכי דינה להידחות על-הסף מן הטעם הזה בלבד.

4. בנוסף, דינה של העתירה להידחות גם לגופה.

בניגוד לנטען בעתירה, מסמך המדיניות והחלטת הממשלה אינם מהווים כל חוזה רגולטורי או התחייבות שלטונית כלפי העותרת. זאת ועוד, כפי שיפורט בהרחבה בהמשך, ממילא העותרת לא עמדה בתנאים ובעקרונות שהותוו במסמך המדיניות ובהוראות האסדרה שנקבעו בהמשך לשם יישומו, בכל הנוגע לקידומה ופיתוחה של רפורמת השוק הסיטונאי. לא זו אף זו, העותרת הערימה קשיים רבים בהוצאתה לפועל של הרפורמה לאורך השנים, חייבה את מעורבותו הבלתי פוסקת של המשרד בנושא, וכן גרמה לעיכובים שונים. בנוסף, העותרת אף הפרה את הוראות האסדרה מספר פעמים, כך שבפועל נדבכים מרכזיים ברפורמה לא מומשו או מומשו באופן חלקי, ובאיחור ניכר. הכל כפי שיפורט להלן.

5. נפתח בהצגת רקע עובדתי כללי ביחס לשוק התקשורת, מעמדה של העותרת וחברות הבת בשוק זה, וכן חובות ההפרדה המבנית שהוטלו עליה ביחס לחברות הבת. לאחר מכן, ובשים לב לטענותיה של העותרת בדבר יישומו של מסמך המדיניות ורפורמת השוק הסיטונאי על-ידה, נתייחס בהרחבה לרפורמה זו ולבחינה שנערכת כיום במשרד התקשורת ביחס לעדכון חובת ההפרדה המבנית העומדת במרכזה של העתירה. לבסוף, נציג את עמדת המדינה לפיה דינה של העתירה להידחות כאמור על הסף ולגופה.

6. בפתח הדברים ובטרם נדרש לפירוט הרקע העובדתי, נציין כי פעילותו של מנכ"ל משרד התקשורת הקודם - מר שלמה פילבר - נכללת בכתבי החשדות במסגרת "תיק 4,000". מטבע הדברים לא ניתן לפרט במסגרת התגובה דגן ביחס להיבטים האמורים, בטרם התקבלה החלטה סופית בתיק זה. מכל מקום, לעמדת המדינה, די באמור בתגובה זו כדי ליתן מענה לטענות המשפטיות המועלות בעתירה, המתבססות כאמור על מסמך המדיניות משנת 2012 והחלטת הממשלה משנת 2013.

כלל ההדגשות במסמך הוספו, אלא אם כן צוין אחרת.

רקע עובדתי

א. כללי

7. מקום המדינה ועד לשנת 1984 פעלה הממשלה באמצעות משרד התקשורת (וקודמו – משרד הדואר) לפרישת תשתית תקשורת ניידת בכל רחבי הארץ. בשנים אלו הוקמה רשת התקשורת – ובכלל כך רשת גישה המחברת את מתקני הטלפוניה המרכזיים כמעט לכל בית במדינת ישראל¹ – בהשקעה כספית גדולה מצד המדינה. במחצית הראשונה של שנות השמונים במאה הקודמת הוקמה העותרת כחברה ממשלתית, ותשתיות התקשורת הניידות שהוקמו עד אז בידי המדינה, לצד נכסים אחרים, הועברו לידיה, ומהווים את הבסיס העיקרי לפעילותה ולמעמדה של העותרת בשוק התקשורת עד היום. כן ניתן לעותרת רישיון כללי מכוח סעיף 4 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: **חוק התקשורת**), לביצוע פעולות בזק ולמתן שירותי בזק פנים-ארציים ניידים, המוגדרים בחוק זה.

בהמשך הופרטה העותרת בהדרגה, החל משנות התשעים של המאה העשרים, ועד השלמת התהליך בשנת 2005. מאז פועלת העותרת בשוק התקשורת הניידת כגוף פרטי - הפועל מכוח הרישיון שניתן לו לפי חוק התקשורת - כיתר מתחרותיה בשוק התקשורת.

8. המשוכה העיקרית שעמדה בפני מפעילים חדשים שביקשו להתחרות בשוק התקשורת הניידת היתה הקמת רשת התקשורת. שכן פרישת תשתית תקשורת, ובפרט רשת גישה ללקוחות הקצה, כרוכה בין היתר, בקבלת אישורים סטטוטוריים שונים, בהשקעה כספית גבוהה ביותר ובמורכבות גבוהה (חפירה בכבישים, מדרכות, גנים ציבוריים ושטחים פרטיים וכיו"ב); ואין כל היתכנות כלכלית לפרישתה ללא ודאות להיקף לקוחות גבוה והחזר של עלויות ההשקעה. מסיבות אלו ואחרות, במרבית מדינות העולם, ממשלות, גופים סטטוטוריים או חברות בבעלות ממשלתית הם שפרשו את תשתיות התקשורת הניידת.

9. בהתאם, מעמדה של העותרת בשוק התקשורת הניידת בישראל הוא דומיננטי ביותר, וזאת בפרט בתחומי הטלפוניה ותשתיות האינטרנט, בהם היא מונופול מוכרז.

¹ יוער, כי רשת תקשורת בעלת שני מרכיבים עיקריים: רשת ליבה ורשת גישה. רשת ליבה (core network) היא הרשת המחברת בין המתקנים המרכזיים; ואילו, רשת גישה (access network) היא הרשת המחברת בין מתקנים המרכזיים של המפעיל לבין בתי הלקוחות.

10. עוד בשנות התשעים של המאה הקודמת הכיר המשרד בכך שאין בנמצא מתחרה פוטנציאלי של ממש לעותרת. על כן, נקבעו הוראות שונות ברישיונה של העותרת, לשם הגבלת יכולתה להשתמש בכוח העודף שנוצר לה בשוק התקשורת מתשתית התקשורת הנייחת - המהווה בסיס מהותי לאספקת שירותי תקשורת מכל סוג שהוא - בתחומים נוספים בשוק התקשורת, שאינם דורשים בהכרח כי ספק השירות יחזיק תשתית תקשורת נייחת משל עצמו (דוגמת שירות הגישה לאינטרנט ושירות השיחות הבין-לאומיות). במסגרת הוראות אלו נקבע איסור על העותרת לפעול במישרין בתחומים אלה. עם זאת, הותר (בהדרגה) לעותרת לפעול בעקיפין בתחומים האמורים באמצעות מתן היתר להקמה או רכישה של חברות בת, ובכפוף לקביעת הפרדה מבנית בין העותרת לבין חברות הבת. הוראות אלו והוראות נוספות שנקבעו בהמשך נקראו "חובת ההפרדה המבנית", העומדת במרכז של העתירה דנן.
11. כבר עתה יודגש, כי הוראות אלה בדבר חובת ההפרדה המבנית, בצד צעדים נוספים שנקטו המשיבים לאורך השנים - ובפרט רפורמת השוק הסיטונאי, לגביה נרחיב להלן - נועדו להתמודד עם כוחה המונופוליסטי העודף של העותרת, ולמצער למתנו, תוך פיתוח התחרות בשוק התקשורת על ענפיו השונים, לרבות בתחום התקשורת הנייחת, לטובת כלל הציבור.
12. עוד יוער בהקשר זה, כי עוד מאז שהיתה העותרת בגדר מונופול סטטוטורי ממשלתי, מחירי שירותי הטלפוניה וחלק משירותי התקשורת האחרים שסיפקה מכוח רישיונה נתונים תחת משטר של פיקוח מחירים ממשלתי, ונקבעים בחקיקת משנה. זאת, בין השאר, כחלק מהתמודדות עם כוחה המונופוליסטי והבטחת רווחת הצרכן.
13. זאת ועוד, העותרת שמרה במשך השנים על מעמדה הדומיננטי בשוק התקשורת הנייחת. כך, לעותרת תשתית תקשורת עצמאית בפרישה רחבה ברחבי הארץ המגיעה כמעט לכלל משקי הבית בישראל, וגם לאחר רפורמת השוק הסיטונאי, עליה נרחיב בהמשך, העותרת ממשיכה להחזיק בנתח שוק קמעונאי משמעותי,² הן בתחום תשתית האינטרנט, הן בתחום הטלפוניה; וכאמור היא מונופול מוכרז בתחומים אלו.
14. פרט לעותרת, פועלת כיום בשוק התקשורת הנייחת גם המשיבה 6, הוט טלקום שותפות מוגבלת (להלן: **הוט טלקום**), שניתן לה רישיון כללי למתן שירותי בזק פנים-ארציים נייחים, והיא בעלת תשתית תקשורת עצמאית הפרושה במרבית שטח המדינה (למעלה מ-90% ממשקי הבית). תשתית זו הוקמה בעבר לצורך העברת שידורי טלוויזיה בכבלים, באמצעות חברות הכבלים שפעילותן הוסדרה בשעתו בחקיקה וביזכיונות כמונופול סטטוטורי, ובשל כך מאפייניה שונים גם בהיבטים טכנולוגיים מרשת התקשורת של העותרת. עם זאת, יצוין כי גם הוט טלקום חוכרת תשתית פסיבית (כדוגמת קנים, עמודים וגוברים³) מהעותרת באזורים נרחבים ותלויה בתשתית זו במתן שירותי תקשורת שונים, לרבות שירותי תקשורת נייחת מתחרים לאלה של העותרת. בנוסף, כפי שיפורט בהמשך, נתח השוק של הוט טלקום בשוק התקשורת הנייחת נמוך משמעותי משל העותרת.

² נתח שוק הנמדד בהתאם למנויים הקמעונאיים בלבד. פעילות קמעונאית היא פעילות של מפעיל תקשורת מול לקוח הקצה. זאת, להבדיל מפעילות סיטונאית, המתבצעת מול מפעילי תקשורת אחרים אשר חוכרים תשתיות מהעותרת (במסגרת שירותי השוק הסיטונאי, עליו יורחב בהמשך) כדי לספק ללקוחות הקצה שלהם שירותים בצורה קמעונאית.

³ מבנים תת-קרקעיים המיועדים לריכוז קנים, כבלים ומכשור ולאפשר גישה אליהם לצרכים שונים.

כמו כן, במהלך השנים האחרונות נכנסו לשוק התקשורת הנייחת שחקניות חדשות, ובכלל כך המשיבה 9 (פרטנר) והמשיבה 13 (סלקום). בניגוד לעותרת ולהוט טלקום, הרישיון שניתן לפרטנר ולסלקום אינו מחייב אותן בפרישה כלל ארצית של התשתיות שלהן, אשר פרושות כיום בהיקף מצומצם. כן יצוין כי סלקום ופרטנר מספקות כיום שירותי אינטרנט באמצעות סיבים שלהן, תוך שימוש בתשתית התקשורת הנייחת הפסיבית של העותרת, ולשיעור קטן מכלל מנויי האינטרנט בישראל.

15. עוד נוסף ונציין כי יתרונה הייחודי של העותרת אינו נובע רק מהיקף הפרישה של תשתית התקשורת שלה בכל רחבי הארץ, העולה על מתחרותיה, אלא גם במבנה העלויות ביחס לרכיב זה. כך, העלויות העיקריות הרלוונטיות כיום לעותרת ביחס לרכיב תשתית התקשורת הן עלויות תפעול שוטפות. זאת להבדיל ממתחרותיה של העותרת (למעט הוט טלקום, במקומות שיש לה תשתית מתאימה), אשר נדרשות לחכור (בעיקר מהעותרת) תשתיות אלה, תוך שעלות חכירה זו היא בגדר עלות שוטפת משמעותית עבורן, ובהיקף גבוה מהעלות השוטפת הקיימת לעותרת ביחס לתשתיות.

16. בנוסף לכל האמור, העותרת מחזיקה בבעלות מלאה בחברות הבת שעוסקות כאמור בתחומים נוספים בשוק התקשורת ומחזיקות בנתחי שוק משמעותיים בתחומים אלו: חברת פלאפון בתחום הנייד; חברת בזק בינלאומי בתחום הגישה לאינטרנט (ISP) והשיחות הבין-לאומיות; וחברת "יס" בתחום השידורים הרב-ערוציים (להלן: **קבוצת בזק**). משכך, לקבוצת בזק כולה נתח שוק משמעותי גם בתחומים אלו. כפי שיפורט להלן, מתכונת ההפרדה המבנית הנוהגת כיום אינה מאפשרת לעותרת למזג את פעילויות התקשורת של חברות הבת עם פעילותה שלה, ומכאן עתירה זו.

ב. חובת ההפרדה המבנית

17. כאמור, המונח "הפרדה מבנית" הוא שם כולל להוראות רגולטוריות שונות שנקבעו ברישיונה של העותרת (וכן ביחס לקבוצת הוט), במטרה לפתח ולעודד תחרות בשוק התקשורת על ענפיו השונים, ולהגביל את יכולתה של העותרת להשתמש בכוחה המונופוליסטי העודף - שיצרה באמצעות תשתית התקשורת הנייחת - בתחומי תקשורת נוספים. יצוין, כי ייתכנו מודלים שונים של הפרדה מבנית, וביניהם, מודל "מקל" של הפרדה חשבונאית בלבד⁴; מודל הכולל מגבלות חלקיות או מלאות בעניין הפרדת נכסים, עובדים, הנהלה, מידע וכדומה, וכן במתן השירותים השונים – הוא המודל הקיים בישראל; ומודלים מחמירים יותר כדוגמת הפרדה בין שירותי התקשורת הקמעונאיים המסופקים לציבור, לבין שירותי התשתית המסופקים לספקי שירותים מתחרים (השירותים הסיטונאיים), אליו נתייחס בהמשך; או מודל של הפרדה מוחלטת בין הבעלות בתאגידים השונים. מטבע הדברים למודלים השונים של הפרדה מבנית בשוק התקשורת יתרונות וחסרונות, וקביעת המודל המתאים לשוק הישראלי נתונה לשיקול דעתו הרחב של הרגולטור המוסמך - שר התקשורת או מי שהוסמך על-ידו - השוקל קשת רחבה של שיקולים, וביניהם מצב התחרות בשוק, מאפייניו ומידת הצורך בכך.

⁴ הפרדה חשבונאית היא הפרדה של מערכת הכספים של התאגיד בין מגזרי פעילות שונים (לדוגמה: סלולר, טלפוניה, אינטרנט, שידורים וכד'), באופן אשר מבדל את מוקדי העלות והרווח של כל מגזר פעילות והשירותים המשוקים במסגרתו. עם זאת, מדובר בהפרדה "מקלה" משום שהיא מתייחסת רק למתכונת הדיווח הכספי של התאגיד ומאפשרת קיומו של תאגיד אחד, על כל המשתמע מכך.

18. כיום, הסמכות לקביעת הוראות בעניין הפרדה מבנית בשוק התקשורת מעוגנת בסעיף 4(ד2) לחוק התקשורת. יצוין כי סעיף זה תוקן בשנת 2001 (תיקון מס' 25 לחוק התקשורת), וסעיף 4(ד2)(3) תוקן בשנת 2013 (תיקון מס' 57), תוך שהובהרו סמכויותיו של שר התקשורת לקבוע בתקנות או ברישיון הוראות בעניין הפרדה מבנית, כדלקמן:

4. (א) השר רשאי להעניק רישיון לביצוע פעולות בזק ולמתן שירותי בזק ולקבוע בו תנאים ורשאי הוא להורות כי הרישיון יוענק בדרך של מכרז; הרישיון יכול שיהיה כללי או מיוחד; אין במתן רישיון כללי כדי למנוע מתן רישיון מיוחד לפעולה או לשירות הכלולים ברישיון הכללי.

(א1) ...

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

(1) מדיניות הממשלה בתחום הבזק;

(א1) שיקולים שבטובת הציבור;

(2) התאמתו של מבקש הרישיון לבצע את פעולות הבזק ולתת את שירותי הבזק שלגביהם הוא מבקש רישיון;

(3) תרומת מתן הרישיון לתחרות בתחום הבזק ולרמת השירותים בו.

(ג) בקשה לרישיון תוגש לשר בכתב ויפורטו בה פרטי פעולות בזק ושירותי בזק המוצעים ודרכי ביצועם; השר רשאי לקבוע בתקנות פרטים נוספים שייכללו בבקשה.

(ד) השר רשאי לאשר בקשה, להתנות את אישורו בתנאים שיש לקיימם לפני מתן הרישיון או אחריו, לרבות לענין תשלום אגרות ומתן ערבויות והדרכים למימושן, ורשאי הוא לדחות את הבקשה תוך מתן נימוקים לדחיה. לענין רישיון מיוחד הכולל ציוד קצה, רשאי הוא גם להתנות שיינתן תחילה אישור סוג לציוד.

(ד1) רישיון, לרבות זכות מהזכויות המוקנות בו, אינו ניתן להעברה, לשעבוד או לעיקול; העברה, שעבוד או עיקול של נכס מנכסי הרישיון, שלא הותרו במפורש ברישיון, טעונים אישור השר; ואולם השר רשאי, במקרים מיוחדים, לאחר ששקל את השיקולים המפורטים בסעיף קטן (ב), להתיר העברת רישיון אגב שינויים מבניים, בתנאים שיוורה עליהם, אם שוכנע שמתקיימים בבעל הרישיון הנעבר כל התנאים שהתקיימו במעביר.

(ד2) **בלי לגרוע מהוראות סעיפים קטנים (ב) ו-(ה) או סעיף 59, ובהביאו בחשבון, בין השאר, את השיקולים האמורים בסעיף קטן (ב), רשאי השר לקבוע, בתקנות או ברישיון, הוראות בענינים אלה:**

(1) **הגבלות ותנאים לענין החזקה, העברה או רכישה של אמצעי שליטה במבקש רישיון או בבעל רישיון, לרבות בידי בעל רישיון אחר לפי חוק זה או בעל ענין בכל אחד מהם, והכל בין במישרין ובין בעקיפין, וכן הגבלות ותנאים לענין מינוי נושאי משרה בו;**

(2) **קיום מערכת חשבונאית נפרדת בין שירותים שונים הניתנים בידי בעל רישיון, לרבות באמצעות מערך לרישום נפרד של הוצאות והכנסות או דוחות כספיים נפרדים, הכל כפי שיקבע; נתן השר רישיון למוקד שידור למי שהוא בעל רישיון לפי חוק זה, יקיים בעל הרישיון מערכת חשבונאית נפרדת כאמור בפסקה זו באופן שיוורה השר;**

(3) **דרישה לקיומם של תאגידים נפרדים בין בעל רישיון לבין אחר לצורך מתן שירותים שונים, ובכלל זה הפרדה בין מתן שירותים לבעל רישיון לבין מתן שירותים למנוי והוראות בדבר מימוש ההפרדה.**

(ד3) ...

(ה) השר רשאי לשנות תנאי רישיון, להוסיף עליהם או לגרוע מהם; לענין זה יובאו בחשבון, בין השאר, השיקולים האמורים בסעיף קטן (ב) וכן השינויים שחלו בטכנולוגיה של בזק.

(ו) "...

19. כמצוין לעיל, החל משנות התשעים נקבעו הוראות בדבר חובת הפרדה מבנית בקבוצת בזק, אשר עוגנו בעיקרון ברישיונה של העותרת (בהמשך, החל מראשית העשור הקודם נקבעו הוראות של הפרדה מבנית גם ביחס לקבוצת הוט). זאת, על דרך של הפרדה בין שירותי התשתית של העותרת ופעילותה בתחום התקשורת הנייחת שנותרה בידיה, לבין שירותי תקשורת אחרים אשר לא הותר לעותרת לספקם במישרין בעצמה, אלא באמצעות חברות בת (תחום הטלפון הנייד; תחום השיחות הבין-לאומיות; תחום הגישה לאינטרנט; ובהמשך, בתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית).

וידגש, בעניין זה, כי מתכונת ההפרדה המבנית כפי שנקבעה בהדרגה מאז שנות התשעים, לא כוללת חובת הפרדת בעלויות בין התאגידים השונים בקבוצת בזק. כך, התאפשר למעשה בעל שליטה משותף ואף בעלות מלאה לכלל התאגידים בקבוצה, באופן שמקיים סינרגיה מסוימת ביניהם. הדברים נכונים בפרט כיום, שכן העותרת מחזיקה כעת ב-100% ממניות חברות הבת.

20. ההפרדה המבנית נועדה במקורה לבודד מקטעים של השוק או תחומים בהם תיתכן תחרות גם בהיעדרה של תשתית ניחת הפרושה ברחבי הארץ, וזאת באמצעות יצירת "מגרש משחקים מאוזן" ככל האפשר במקטעים אלו, תוך צמצום היתרון התחרותי של בעלות התשתית, ובראשן העותרת, וניצול כוחן המונופוליסטי כאמור. כל זאת לשם יצירת התחרות ועידוד התפתחותה בענפים השונים, ובין היתר, תוך מתן שירותי תקשורת יעילים, השקעה בתשתית והבטחת רווחת הצרכן. במילים אחרות, מטרת ההפרדה המבנית בקבוצת בזק היא לקדם תחרות בענפי התקשורת השונים ולהגן עליה מפני כוחה העודף של העותרת בשוק התקשורת הניחת.

יוער, כי מהלכים אחרים של המשיבים, ובפרט רפורמת השוק הסיטונאי אליה נתייחס בהמשך, נועדו לקדם תחרות גם בשוק התקשורת הניחת עצמו.

21. בהתאם, נקבעו ברישיון העותרת וברישיונות חברות הבת הוראות בעניין חובת הפרדת הפעילות והנכסים, וכן הוראות המסדירות היבטים נוספים וביניהם: איסור על העותרת לשווק חבילות שירותים שלה הכוללות שירותים הניתנים על ידי חברות הבת (סל שירותים משותף); איסור על העברת מידע מסחרי לחברות הבת, וחובה לקביעת נהלים לשמירת סודיות של מידע מסחרי. זאת, כדי למנוע מחברות הבת, אשר השירותים שהן נותנות מבוססים על תשתית העותרת, להשתמש בנתוני לקוחות העותרת תוך ניצול יתרונה המונופוליסטי והשגת יתרון בלתי הוגן שלא נתון לחברות המתחרות בהן.

22. נוכח העדר האפשרות לספק שירותים מסוימים בעצמה, העותרת בחרה להקים או לרכוש תאגידים בעלי רישיונות תקשורת מתאימים המספקים שירותים כאמור (חברות פלאפון, יס ובזק בינלאומי), וזאת באישור הרגולטורים הנוגעים בדבר ובתנאים שנקבעו; ובאופן שאפשר לה לפעול ולספק שירותים בכל תחומי שוק התקשורת באמצעות חברות הבת.

כפועל יוצא, קבוצת בזק כוללת כיום מספר חברות בעלות רישיונות לפי חוק התקשורת, שלהן הנהלות נפרדות מזו של העותרת, מוקדי שירות נפרדים, מערכות מחשוב, כספים ושיווק נפרדות, הפרדת נכסים ועוד. מטבע הדברים, יש בכל אלה כדי להשית עלויות שוטפות נוספות ואף כפולות על הקבוצה, שבסופו של דבר אף עשויות להתגלגל לצרכן. עם זאת, לעמדת המדינה, מדובר היה בצעד הכרחי לאור היתרונות המשמעותיים שנלוו לכך בעידוד ופיתוח התחרות בשוק התקשורת כולו, אשר היטיבה עם הצרכן ועם המשק בכללותו.

23. בהקשר זה נציין, כי במקומות בהם נקבעה ההפרדה המבנית, נכנסו מתחרים חדשים והשווקים נפתחו לתחרות. כך, למשל, ענפי הסלולר, שירותי נס"ר (נקודת סיום רשת) ושירותי ציוד קצה נפתחו לתחרות בשנת 1994, ובהמשך נפתח לתחרות גם ענף השיחות הבין-לאומיות. כך גם, בתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית ובתחום הגישה לאינטרנט (ISP) (ראו גם הערת שוליים מס' 6). להבדיל, בתחומי פעילות מרכזיים בשוק התקשורת בהם לא נקבעה הפרדה מבנית בין מקטע התשתית למקטע הקמעונאי (קרי, הספקת השירותים ללקוח), העותרת המשיכה להחזיק בנתח שוק דומיננטי מאוד, כפי שיורחב בהמשך.

24. בצד האמור, יצוין כי עם התקדמות התחרות בענפים השונים ניתנו לעותרת גם הקלות מסוימות בכללי האסדרה החלים עליה, ובכלל כך במגבלות שהוטלו עליה במסגרת ההפרדה המבנית. כך, בהתאם להמלצות ועדת גרונאו משנת 2008, שאימץ שר התקשורת דאז, עם התקדמות התחרות בתחום הטלפוניה הנייחת והירידה בנתח השוק של העותרת אל מתחת לרף של 85% בתחום זה, בשנת 2009 איפשר המשרד לעותרת לשווק, בהתקיים תנאים מסוימים, חבילות שירותים הכוללות גם שירותים של חברות הבת (כאמור לעיל, סלי שירותים משותפים) (סעיף 9א לרישיון).

25. כיום, מעוגנות ההוראות בדבר חובת ההפרדה המבנית בין העותרת וחברות הבת במסגרת פרק ג' לרישיון העותרת ("רישיון כללי ל"בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ למתן שירותי בזק פנים-ארציים נייחים" (להלן: **הרישיון**)). ההוראה המרכזית בעניין זה מעוגנת בסעיף 9.1 לרישיון, כדלקמן:

9" חובת הפרדה מבנית

9.1 החברה תקיים הפרדה מבנית בינה לבין חברה בת, כמפורט להלן:
 (א) הפרדה מלאה בין הנהלת החברה לבין הנהלת החברה בת, לרבות בכל הקשור למערכת העסקית, למערכת הכספים ולמערכת השיווק;
 (ב) הפרדה מלאה בין נכסי החברה לבין נכסי החברה בת;
 (ג) החברה לא תעסיק את עובדי החברה בת, והחברה בת לא תעסיק את עובדי החברה;
 (ד) החברה לא תעביר מידע מסחרי לחברה בת."

בסעיפים נוספים ברישיון נקבעו הוראות שונות בעניין מגבלות כאמור על העברת מידע מסחרי (סעיף 9.2); מתן סמכות לשר במקרים בהם הוא נוכח כי קיים חשש של ממש לפגיעה בתחרות בתחום התקשורת או בטובת הציבור להחלת המגבלות על "חברה בעלת זיקה", המוגדרת ברישיון (סעיף 9.3); סמכות להתיר סייגים לחובת ההפרדה המבנית (סעיף 9.4); וכן איסור על הפליה של "חברה בעלת זיקה" על פני בעל רישיון אחר, ועל הימנעות מהעדפת חברה כאמור במתן שירות (סעיף 9.5).

הוראות משלימות הקשורות בהפרדה מבנית או בשיווק סלי שירותים משותפים נקבעו גם במסגרת רישיונותיהן של חברות הבת (וגם ברישיונות של התאגידים בקבוצת הוט).

צילומי העמודים הרלוונטיים מתוך רישיונה של העותרת צורפו לעתירה **כנספח 1**.

26. בטרם סיום חלק זה, יצוין כי החל מראשית העשור הקודם נקבעו כאמור הוראות של הפרדה מבנית גם ביחס לקבוצת הוט. אולם, בשים לב למאפיינים הייחודיים לקבוצת בזק, הנובעים בין היתר מהנסיבות ההיסטוריות בהן התפתח שוק התקשורת בישראל, ישנם הבדלים בין ההפרדה המבנית הקבועה ביחס לקבוצת בזק לעומת זו הקבועה ביחס לקבוצת הוט, שאינם מעניינה של העתירה דנן.

1.ג. רקע

27. בשוק התקשורת הנייחת, המצב התחרותי האידיאלי הוא שלכל ספק שירותים, כלומר לכל מתחרה, עומדת האפשרות לספק שירותים לכל דורש על גבי תשתית עצמאית משלו. לצורך כך, עליו להיות מסוגל לפרוש תשתית עצמאית לכל בית. כך, במקרה של כניסת ספק חדש לשוק, הוא יוכל להציע מגוון שירותים ומוצרים, לתמחר את השירותים כראות עיניו, ובכך ליהנות ממירב דרגות החופש בתחרות מול המפעילים הוותיקים. עם זאת, כאמור לעיל, מכיוון שאספקת השירותים כרוכה בהשקעה ראשונית גבוהה, ובפרט פרישת רשת נרחבת - המתאפיינת במורכבות רבה, קשיים סטטוטוריים, הנדסיים וכלכליים - מצב דברים זה היווה חסם כניסה משמעותי לספקים חדשים בתחום, אשר חייב התערבות אסדרתית מצד הרגולטור בפעילותו לקידום תחרות.

28. הפתרון לקושי האמור, אשר זכה להצלחה במדינות רבות באירופה, הוא פיתוחו של "שוק סיטונאי" המאפשר לספקי שירותי תקשורת, המבקשים להתחרות בשוק התקשורת הנייחת, לעשות שימוש במקטעי רשת שונים של המפעיל בעל התשתית (בישראל – העותרת והוט טלקום), באמצעות רכישה סיטונאית של סוגים שונים של שירותי תשתית. בכך מתאפשר לספק השירות להימנע מהצורך להשקיע השקעה ראשונית גבוהה - הכרוכה בהקמת רשת תקשורת עוד בטרם בניית בסיס לקוחות (ככל שהשקעה זו כלל אפשרית כאמור לעיל) - ותחת זאת להסתמך על שירותי התשתית השונים של בעלות התשתית, תמורת תשלום מתאים. שירותים אלו נותנים לספק השירות אפשרות לפתח את הרשת העצמאית שלו באופן הדרגתי, בהתאם לרצונו וליכולותיו, ובכך להפוך בהדרגה לשחקן משמעותי יותר בשוק.

29. כך, למשל, שירות של Bitstream Access (BSA) – תשתית אינטרנט רחבת-פס, המאפשר חיבור מנוי של ספק שירות לאינטרנט על גבי הרשת של בעל תשתית כגון העותרת; או שירות הטלפוניה הסיטונאי, אליהם נתייחס בהרחבה בהמשך; הם שירותים שרוכשים ספקי השירות מהמפעיל הוותיק בעל התשתית, ואשר כוללים היקף נרחב של תשומות. בפועל, הספקיות מתחברות לנקודה מסוימת ברשת המפעיל הוותיק ורוכשות ממנו שירות של שינוע תנועה (נתונים או דקות שיחה, בהתאמה) מנקודת החיבור אל בתי המנויים ובחזרה. השירות מסתמך באופן מלא על רשת הגישה של בעל התשתית, שהעדרה מהווה כאמור את החסם העיקרי לכניסת מתחרים חדשים, וכן במידה מסוימת על ליבת הרשת. באופן זה מתאפשר למפעילים חדשים לספק שירותים מבוססי תשתית למנוייהם בטווח זמן קצר יחסית, ולאורך זמן לחתור לפיתוח רשת עצמאית, אם ירצו בכך.

30. עוד יצויין, כי אסדרת השוק הסיטונאי היא חלק ממהלך אסדרתי כולל שנועד להעביר בהדרגה את הרגולציה בשוק התקשורת מפיקוח על מחירי השירותים של העותרת והטלת מגבלות על מינוף כוחה המונופוליסטי, להסרת חסמי כניסה למתחרים חדשים על-ידי מתן גישה למקטעים (שמהווה כאמור את החסם העיקרי לכניסתם), ותוך הפחתת ההתערבות הרגולטורית בשווקים הקמעונאיים ובמחירים הקמעונאיים.

2.ג. המהלכים האסדרתיים שבוצעו במסגרת רפורמת השוק הסיטונאי

31. בשנת 2002 המליצה ועדה ציבורית שמינה שר התקשורת דאז לגיבוש המלצות למדיניות וכללים לפתיחת התחרות בתחום התקשורת הנייחת (להלן: **ועדת קרול**), לשנות את מדיניות המשרד דאז,⁵ ולאפשר לספקי שירותים במגזר הנייח לפרוש רשתות גישה נייחות באזורי שירות מוגדרים מראש ללא חובת פרישה אוניברסלית.⁶ בהמשך, גיבש משרד התקשורת מסגרת רישוי המאפשרת לספקי שירותים לספק שירותי תקשורת נייחים (לרבות טלפוניה ותשתית רחבת-פס) ללא חובת פרישה כלשהי. בשנת 2007, בעקבות שיפורים טכנולוגיים שאפשרו מתן שירותי טלפוניה נייחת על גבי רשת רחבת-פס (בתצורת Voice over Broadband), הורחבה מסגרת הרישוי והמשרד העניק רישיונות לספקי טלפוניה הפועלים בתצורה זו על התשתיות שבבעלות העותרת והוט. **עם זאת נותר על כנו דואופול של בעלות התשתית בזק והוט.**

32. בשנת 2008 הוגשו לשר התקשורת המלצות הוועדה בדבר מדיניות וכללי התחרות בתחום התקשורת בישראל (להלן: **ועדת גרונאו**), ובכללן כי יקבעו תעריפים מבוססי עלויות עבור השלמת שיחה ברשת הנייחת (להלן: **קישור גומלין**); וכי יוקם "שוק סיטונאי" (Wholesale Market), אשר במסגרתו יוכלו ספקי שירותים לחכור תשתיות של העותרת והוט טלקום או לפעול על גביהן, בכדי לספק במישרין שירותים ללקוחות קצה. שניהם, כמהלכים משמעותיים, מקבילים, הנחוצים כל אחד בפני עצמו, לפיתוח התחרות בשוק התקשורת הנייחת.

לפי מודל השוק הסיטונאי שהומלץ, ההתקשרות ברמה הסיטונאית היא בין ספק השירותים לבין בעל התשתית, על מנת שספק השירותים יוכל להתקשר ישירות עם הלקוחות ולספק להם מגוון שירותי תקשורת מבלי שהלקוחות יזדקקו להתקשרות נפרדת נוספת מול בעל תשתית. כך לדוגמה, ככלל, טרם רפורמת השוק הסיטונאי הלקוחות התקשרו בנפרד הן עם בעלת תשתית לצורך רכישת שירות "תשתית אינטרנט", הן עם ספק אינטרנט לצורך רכישת שירות "גישה לאינטרנט". להבדיל, במודל השוק הסיטונאי לקוח הקצה יכול להתקשר עם ספק השירותים כגורם אחד בלבד אשר יספק לו הן את הגישה לאינטרנט והן את התשתית לאינטרנט, כמכלול של שירות אחד. כאמור לעיל, בשל ההפרדה המבנית העותרת אינה רשאית לספק במישרין שירותי גישה לאינטרנט, אלא באמצעות חברת הבת בזק בינלאומי.

עם זאת, במסגרת הרפורמה הותר גם לחברת הבת בזק בינלאומי להציע למנויים את השירות האחוד, הכולל כאמור "תשתית אינטרנט" ו"גישה לאינטרנט", על בסיס רכישת שירותים סיטונאיים מהעותרת; וזאת, בכפוף לכך שמתן השירות הסיטונאי על-ידי העותרת לבזק בינלאומי ייעשה בתנאים שוויוניים ובלתי מפלים לעומת ספקי השירות המתחרים.

צילומי העמודים הרלוונטיים (17-18) מדוח ועדת גרונאו בהם מתואר מודל השוק הסיטונאי שהומלץ מצורפים ומסומנים **מש/1**.

⁵ התחרות בשוק התקשורת בישראל התבססה בעבר, בהתאם למדיניות משרד התקשורת, על תשתיות עצמאיות (Facility-Based Competition). בהתאם למודל תחרותי זה, מפעיל חדש שביקש לספק שירותים חויב בפרישת תשתית עצמאית בפרישה גיאוגרפית רחבה שתשמש לאספקת שירותיו.

⁶ עוד קודם, בסוף שנות התשעים הוחלט שכדי לאפשר ולעודד את התחרות בתחום הגישה לאינטרנט יוכלו ספקי השירות (ספקי "ISP") לספק את השירות על גבי רשתות של אחרים, כלומר על גבי התשתית של העותרת. עם זאת, עבור המנוי מדובר בשירות שאיננו שלם, שכן לצורך גישת המנוי לאינטרנט נדרש המנוי לרכוש גם שירות תשתית מאחד מבעלות התשתית.

33. בהמשך להמלצות ועדת גרונאו וכחלק ממהלך כולל שתכליתו פיתוח התחרות בשוק התקשורת הנייחת, החל המשרד בבחינה של תעריפי שירותים סיטונאיים ברשתות ניידות. לשם כך מונתה בשנת 2010 ועדה לבחינת מבנה תעריפי בזק ועדכונם ולקביעת תעריפי שירותים סיטונאיים בתחום התקשורת הנייחת (להלן: **הוועדה או ועדת חייק**). כאמור בעתירה, בהמשך לפניית הוועדה אליו, הרחיב שר התקשורת את כתב המינוי שלה גם לתחום של בחינת חובת הפרדה המבנית בקבוצות בעלות התשתית.

צילום כתב המינוי המקורי לוועדת חייק צורף לעתירה **כנספח 2**.

34. ביום 3.3.11 פרסמה הוועדה המלצות ביניים במסגרת הליך של שימוע הציבור, וביום 4.10.11 הגישה ועדת חייק את המלצותיה לשר התקשורת ולשר האוצר. בפועל, הוועדה לא המליצה על תעריפים לשירותים הסיטונאיים. הוועדה חזרה ואישרה את המלצות ועדת גרונאו ועיקר המלצותיה נסוב על פיתוח השוק הסיטונאי, וכן התייחסה לעניין הסרת הפרדות מבניות בקבוצות בעלות התשתית, ובין היתר, כדלקמן:

13. יש לבטל את חובת הפרדה המבנית בתחום הנייח ובתחומים אחרים בענף התקשורת, למעט בתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית שתבוטל לאחר שיתאפשרו שידורי טל' על גבי תשתית האינטרנט. כן ממליצה הוועדה לאשר לאלתר לכל חברות וקבוצות התקשורת לתת את כל שירותי התקשורת (אותם הם לא מספקים כיום) ללא מגבלות של הפרדה מבנית. חובת הפרדה המבנית תוחלף בהפרדה חשבונאית בין כלל השירותים שאותם מספקים בעלי רישיון מפ"א כללי לבין התשתיות. בנוסף יאסר על העברת מידע בין המגזר הקמעונאי לבין זה הסיטונאי בכל אחת מהחברות.

14. חובת הפרדה המבנית הקיימת תבוטל לאחר שיחלפו שישה חודשים מהיום בו נחתמו הסכמים כאמור בסעיף 3 או מהיום בו החלו בעלי רישיון מפ"א כללי לספק את השירותים הסיטונאיים כפי שנקבע בהסכמים כאמור, המוקדם מביניהם. יובהר כי לעניין זה, הודעה של מי מהצדדים לגורם המסדיר, במהלך ששת החודשים כאמור על אי עמידה בתנאי ההסכם, יראה ההסכם כאילו לא נחתם מלכתחילה. באם לא תושג הסכמה כאמור בסעיף זה תבוטל הפרדה המבנית עם קביעת התעריפים כאמור בסעיף 8.

15. **אם לא יפעל שוק סיטונאי כאמור לעיל תוך 24 חודשים מיום המלצות הוועדה, יפעל הגורם המסדיר לביצוע הפרדה מבנית בין התשתית של בעלי רישיון מפ"א כללי לבין השירותים המסופקים ללקוחות קצה** (עמ' 15 לדוח הוועדה).

בנוסף, הדוח כלל חוות דעת מיעוט של מנהל אגף כלכלה ותקציב במשרד התקשורת דאז, שהמלצותיו היו שונות בעניין זה, כדלקמן:

"לעניין ביטול הפרדה המבנית החלה על קבוצת בזק: הוועדה ממליצה כי הפרדה המבנית תבוטל במועד בו השוק הסיטונאי "יתחיל לעבוד": שישה חודשים מהמועד בו נחתמו הסכמים בין בזק והוט לבין בעלי רישיונות אחרים, או מהמועד בו החלו בזק והוט לספק שירותים סיטונאיים, או כאשר יקבע הרגולטור את התנאים והתעריפים (באם לא תושג הסכמה בין המפעילים), והכל על פי המוקדם. **ברצוני להצביע על הסיכון הרב הגלום לתחרות בהמלצה זו: אין חולק כי המועד הנכון לביטול הפרדה המבנית הוא כאשר תינתן למתחרותיה של בזק האפשרות להתחרות בה על בסיס שוויוני, ולענייננו, על ידי השימוש בתשתיותיה. אולם, המלצות הוועדה עלולות להוביל לכך שהפרדה המבנית תבוטל מוקדם מידי. תהליך ההתארגנות של המתחרות לשימוש בתשתיות בזק יארך זמן, גם אם תשתף בזק פעולה באופן מלא (על אחת כמה וכמה במצב בו בזק מערימה קשיים). על כן, עלול להיווצר מצב בו בזק משוקת את שירותיה ללא מגבלה, כאשר מתחרותיה אינן מסוגלות להגיב ולעשות שימוש הלכה למעשה בתשתיות החברה. אמנם, הוועדה ממליצה על העמדת**

ערביות והטלת אחריות אישית על מנהליה של בזק, אך עד שיעשה שימוש בכלים אלו, השוק יברח למתחרות [הדגשה הוספה – הח"מ]. מכאן, שהמלצתי היא לבטל את ההפרדה המבנית בחברת בזק, רק לאחר שמשדר התקשורת יוכח כי השוק הסיטונאי אכן פועל היטב, וכי ניתנה ההזדמנות למתחרותיה של בזק להתמודד עמה על בסיס שווה. [ההדגשה במקור] (עמ' 107 לדו"ח הוועדה).

צילום המלצות ועדת חייק צורף לעתירה כנספח 6.

35. לאחר לימוד הדוח, לרבות חוות דעת המיעוט, המליצו גורמי המקצוע במשרד התקשורת כי ההפרדה המבנית לא תבוטל לאלתר או בסמוך לכינונו של שוק סיטונאי כהמלצת הוועדה, אלא בהתקיים של תנאים נוספים. בהמשך לכך ביום 2.5.12 פרסם שר התקשורת דאז "מסמך מדיניות בנושא הרחבת התחרות בתחום התקשורת הנייחת – שוק סיטונאי" (להלן: מסמך המדיניות), שכאמור בו אימץ את עיקרי המלצותיה של ועדת חייק, אך לא במלואן, ובפרט ביחס למועדים ולתנאים שבעמדת הרוב ביחס לביטול חובת הפרדה המבנית. כך, בשים לב לעמדת גורמי המקצוע במשרד התקשורת, נקבעו במסמך המדיניות תנאים שחלקם שונים מהמלצת עמדת הרוב בוועדה ביחס לביטול חובת הפרדה המבנית, שעיקרם בהתבססות השוק הסיטונאי והתחרות בשוק התקשורת, ובכפוף לשיקול דעתו של השר. לנוכח חשיבות הדברים לענייננו, נביא את סעיפי מסמך המדיניות הרלוונטיים במלואם, כדלקמן:

1. שר התקשורת מאמץ את עיקרי המלצותיה של הוועדה לבחינה מבנה תעריפי חברת "בזק" ועדכונם ולקביעת תעריפי שירותים סיטונאיים בתחום התקשורת הנייחת" בראשות ר"ח אמיר חייק, והכל באופן שיפורט להלן.

2. ...

3. ספק שירותים יהיה רשאי לפנות לבעלי התשתיות בבקשה לעשות שימוש במקטעי הרשת שלהם, לרבות באספקת שירותים סיטונאיים. ספקי השירותים ובעלי התשתיות ינהלו משא ומתן לשם גיבוש הסכם שימוש או אספקת שירותים כאמור, ומיד עם חתימת הסכם כמתואר, יפרסם כל בעל תשתית "הצעת מדף". הצעת המדף תכלול הן את השירותים הכלולים בהסכם בין בעל התשתית לבין ספק השירותים במחירים ובתנאים שנקבעו בהסכם, וכן שירותים סיטונאיים אחרים בהתאם לרשימה שיפרסם משרד התקשורת ("המשרד") מעת לעת, לרבות מחיר מוצע לכל שירות. בעל תשתית לא יהיה רשאי להעניק לספק השירותים הנחות לגודל.

הצעה זו תוצע לכל דורש, בתנאים שוויוניים ובלתי מפלים, היא תועמד לעיון כל מבקש, ותוצג באתר האינטרנט של בעל התשתית, וכן באתר האינטרנט של המשרד. לעניין סעיף זה, "הסכם" - הסכם בין בעל תשתית לספק שירותים מהותי בשוק שאינו חברה בעלת זיקה לבעל תשתית.

4. ראה השר כי הוסכם או נדרש על ידי בעל תשתית תנאי או מחיר לאספקת שירות סיטונאי, אשר אינו סביר, עלול לפגוע בתחרות, עלול לפגוע בענייניו של הציבור, או אשר עלול לפגוע בענייניו של ספק שירותים, יקבע השר את התנאי או המחיר האמור. בהעדר דרישה או הסכמה על תנאי אחד או יותר או על מחיר כאמור, יקבע אותם שר התקשורת, ובלבד שנחתם הסכם או שחלפו 6 חודשים לפחות מיום הוצאת מסמך זה, לפי המוקדם מביניהם, והכל בהתאם לסמכותו לפי חוק התקשורת.

5. ...

6. הפעולות, השירותים וההסדרים הנלווים לשירות הסיטונאי (דמי שכירות, שירותי תחזוקה וכדומה) ואופן הזמנתם, רכישתם, אספקתם ותעריפיהם – יקבעו אף הם במשא ומתן בין בעלי התשתיות וספקי השירותים, ובלבד שבעלי התשתיות יהיו רשאים לדרוש מחיר סביר ובלתי מפלה.

באין הסכמה בין בעלי הרישיון הנוגעים בדבר, יכריע השר על פי סמכותו לפי חוק התקשורת.

10. ...

עם פרסום הצעת המדף על ידי חברת בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ ("בזק"), תינתן ל"בזק", האפשרות לספק לחברות הבנות שלה, שירותי הטלפוניה שיסופקו שלא על גבי רשת רחבת פס, במתכונת סיטונאית; החליטה בזק לספק שירותים כאמור תספקם במקביל לכל בעל רישיון שידרוש זאת ללא אפליה, והכל בכפוף להוראות הרלבנטיות לגבי חברות הבת של בזק.

11. בתוך 9 חודשים מפרסום הצעת המדף, כמתואר לעיל, יורה שר התקשורת על ביטול הפרדה המבנית בין ספק תשתיות שהציע הצעה כאמור לבין ספקי השיחות הבין-לאומיות וספקי שירותי האינטרנט (ISP), בעלי זיקה אליו, באופן שחברת בזק למשל תורשה להציע ללקוחותיה חבילות לא פריקות של כל שירותיה (שיחות מקומיות ובין-לאומיות, שירותי פס רחב ושירותי גישה לאינטרנט (ISP)). זאת, למעט אם ראה השר כי במצבו באותה עת של השוק הסיטונאי, ביטול ההפרדה המבנית עלול לגרום לפגיעה ניכרת בתחרות או בעניינו של הציבור.
- ההפרדה המבנית כאמור, ככל שתבוטל, תומר בהפרדה חשבונאית, במתכונת שתקבע על ידי השר.
12. המשרד יקבע מדדים או תנאים לפיהם יהיה שר התקשורת רשאי לקבוע כי מידת התפתחותו של השוק הסיטונאי ומידת התפתחותה של התחרות המבוססת על סלי שירותים משותפים, המשלבים שירותים ניחים ושירותים ניידים במגזר הפרטי, מאפשרת מתן הקלות בתחום ההפרדה המבנית שבין ספק תשתיות לבין מפעיל רט"ן בעל זיקה אליו, או ביטולה תוך המרתה בדרישה להפרדה חשבונאית.
13. קבע שר התקשורת כי התפתחות השוק הסיטונאי ומידת התפתחותה של התחרות המבוססת על סלי שירותים משותפים, המשלבים שירותים ניחים ושירותים ניידים במגזר הפרטי, מאפשרים זאת, ישקול השר ביטול ההפרדה המבנית בין ספק התשתיות לבין מפעיל רט"ן בעלי זיקה אליו.
14. שר התקשורת יבחן את נושא הפריקות של שירותי השידור הטלוויזיוני, הכלולים בסלי שירותים משותפים, הכוללים גם שירותי בזק (ניידים או ניחים) או שירותי גישה רחבת הפס.
- ביטול ההפרדה המבנית בין ספקי התשתיות לבין תחום הטלוויזיה הרב ערוצית ייעשה בהינתן אפשרות סבירה לספק חבילת שידורי טלוויזיה בסיסית באמצעות רשת האינטרנט על ידי ספקים חסרי תשתית ניחת כלל ארצית.
15. אם לא יתפתח השוק הסיטונאי באופן תקין וראוי על פי מדדים שייקבעו לכך, תוך 24 חודשים מיום פרסום מסמך מדיניות זה, יפעל השר לביצוע הפרדה מבנית בין התשתית של בעל רישיון מפ"א כללי לבין השירותים הניתנים על ידו ללקוחות הקצה.
- "...

צילום מסמך המדיניות צורף לעתירה כנספח 8.

36. כבר עתה יודגש, כי מסמך המדיניות, כשמו כן הוא, 'מסמך מדיניות' בו התווה השר את מדיניותו, שבהמשך "תורגמה" במהלך מדורג לכללי אסדרה בחקיקה, תקנות, רישיונות ובהוראות מינהל אחרות. מסמך המדיניות הוא לבטח אינו "חווה רגולטורית" בין הרשות לעותרת, ואין באמור בו גם כל התחייבות שלטונית כלפי העותרת בעניין ביטול ההפרדה המבנית, כנטען על-ידה בעתירה דנן.

עוד יצוין כי מסמך המדיניות מגלם תפיסה רחבה ואינטגרטיבית של שוק התקשורת על ענפיו השונים, בדגש על ענף השירותים הניחים, תוך שהתפתחות השוק סיטונאי ואפשרות ביטול חובת ההפרדה המבנית בענפים השונים של שוק התקשורת הנזכרים במסמך – כרוכים זה בזה ואינם עומדים במנותק.

כך, למשל, מסמך המדיניות כולל מנעד של אפשרויות ביחס לחובת ההפרדה המבנית, בהתאם לאופן התפתחות השוק הסיטונאי ומצב התחרות בשוק. זאת, החל מביטול ההפרדה המבנית במתכונתה הקיימת תוך המרתה בהפרדה חשבונאית (סעיף 11), בכפוף למצבו באותה העת של השוק הסיטונאי ולבחניה האם ביטול ההפרדה המבנית עלול לגרום לפגיעה ניכרת בתחרות או בעניינו של הציבור; וכלה בחלופה "הפוכה" שנועדה ליתן מענה למצב בו לא יתפתח שוק סיטונאי באופן תקין וראוי תוך 24 חודשים מיום פרסום מסמך המדיניות, לפיה השר יפעל לביצוע הפרדה מבנית בין התשתית של העותרת בעלת רישיון המפ"א לבין השירותים הניתנים על ידה ללקוחות הקצה (קרי, הפרדה מבנית נוספת בין כלל השירותים הקמעונאיים שמספקת העותרת, לבין שירותי התשתית המסופקים על ידה).

יצוין כי משמעותה של הפרדה מסוג זה היא כי העותרת לא תהא רשאית עוד לספק **בעצמה** את השירותים הקמעונאיים שהיא מספקת כיום מכוח רישיונה (טלפוניה, תשתית האינטרנט, תמסורת ותקשורת נתונים וכל חבילת שירותים המשלבת שירותים אלו ושירותים נוספים), אלא שירותים סיטונאיים בלבד; כאשר רק חברות הבת יוכלו לשווק לציבור שירותים קמעונאיים. זאת, לעומת המצב כיום בו חלק מהשירותים הקמעונאיים (כדוגמת שירותי טלפוניה ושירות תשתית אינטרנט) אינם נפרדים מהתשתית הנייחת, ניתנים על-ידי העותרת עצמה ואף מהווים מקור למרבית רווחי העותרת. מכאן שמדובר ברמה מחמירה יותר של ההפרדה המבנית מן המצב הנוהג כיום. לצורך השוואה, הפרדה מבנית מסוג זה או מסוג דומה קיימת במספר מדינות מערביות.

37. ביום 13.5.13 התקבלה החלטת ממשלה מס' 157 שעניינה "עיון סמכויות שר התקשורת לצורך יישומו של שוק סיטונאי בתקשורת" (להלן: **החלטת הממשלה**). במסגרתה, הוטל על שר התקשורת, בין היתר, לעשות ככל הנדרש על מנת ליישם את מדיניותו כפי שבאה לידי ביטוי במסמך המדיניות ולפעול לתיקון חוק התקשורת, כדלקמן:

"מחליטים:

1. ...
2. להטיל על שר התקשורת לעשות כל הנדרש על מנת **ליישם את מדיניותו** כפי שבאה לידי ביטוי ב"מסמך המדיניות בנושא הרחבת התחרות בתחום התקשורת הנייחת – שוק סיטונאי" מיום 2 במאי 2012 (להלן – מסמך המדיניות) כמפורט להלן, וככל שיידרש לתקן את חוק התקשורת:
 - א. שר התקשורת יהיה רשאי לקבוע, בהסכמת שר האוצר, תשלום מירבי או מזערי בעד שירותי בזק ללא מגבלת הזמן הקבועה כיום בחוק.
 - ב. שר התקשורת ייערך לביטול ההפרדות המבניות בין מפעיל פנים-ארצי לחברות בעלות זיקה אליו, **בהתאם לאמור במסמך המדיניות**.
 - ג. **שר התקשורת יהיה רשאי לקבוע הוראות בדבר ביצוע הפרדה מבנית בין שירותי תשתית של מפעיל פנים-ארצי לבין השירותים הניתנים על ידו ללקוחות הקצה**.
 - ד. שר התקשורת יהיה רשאי למנוע מבעל רישיון לדרוש תשלום מסוים ולהורות על גובה תשלום אחר תחתיו, וכן רשאי הוא ליתן הוראות בדבר התשלום, אם מצא כי התשלום אינו סביר ובכלל כך יוצר צמצום מרווח (margin squeeze) או מחירי היצף וכן אם הדבר נדרש לצורך מניעת פגיעה בתחרות. לעניין זה, "תשלום" – תשלום בעד שירות בזק שניתן למנוי או שניתן לבעל רישיון, לרבות בעד שימוש ובעד פעולות, שירותים והסדרים נלווים למימוש השימוש.

3. ...

הנה כי כן, כפי שיורחב בהמשך, גם החלטת הממשלה הטילה על השר לנקוט אמצעים ליישום **מדיניותו**, וביחס לביטול ההפרדה המבנית, כללה גם כן אפשרויות שונות בדומה למסמך המדיניות. כך, מחד גיסא, נקבע בסעיף 2א' להחלטת הממשלה כי ההערכות לביטול ההפרדות המבניות תהיה **בהתאם למסמך המדיניות**; ומאידך גיסא, נקבע בסעיף 2ב' להחלטה כי השר רשאי לקבוע הוראות בדבר **ביצוע** הפרדה מבנית באופן של הפרדת השירותים הסיטונאיים מן השירותים הקמעונאיים (שנכלל כאמור כחלופה אפשרית גם במסמך המדיניות ואף בעמדת הרוב בוועדת חייק).

צילום החלטת הממשלה צורף לעתירה **כנספח 9**.

38. לאחר פרסום מסמך המדיניות פעל המשרד לכינון השוק הסיטונאי לפי מסמך המדיניות והחלטת הממשלה באמצעות קביעת כללי אסדרה שונים, בין היתר, בשים לב למצב התחרות בשוק. יוער, כי במסגרת תיקון מס' 57 לחוק התקשורת מחודש אוגוסט 2013 (ס"ח 2405, התשע"ג, בעמ' 136), אשר כלל גם תיקוני חקיקה שונים לשם כינון השוק הסיטונאי, תוקן סעיף 4(2ד)3 לחוק התקשורת כמוזכר לעיל, באופן שהבהיר כי סמכות השר בעניין חובת ההפרדה המבנית כוללת גם סמכות ליתן הוראות בדבר קביעת הפרדה מבנית.

39. במסגרת מסמך המדיניות נקבע כי בעלות התשתיות וספקי השירותים ינהלו משא ומתן לשם גיבוש הסכם, בין היתר, בקשר לאופן אספקת השירותים ותעריפיהם, שיעוגן ב"הצעת מדף" ונקבעו פרקי זמן לשם כך (סעיף 3). כן נקבע כי בהעדר הסכמה כאמור יכריע השר בעניינים אלה (סעיף 6). משהחברות לא הגיעו לכלל הסכמה כאמור, נדרש השר לקבוע את התנאים בהם יספקו השירותים הסיטונאיים, ובכלל זה את רשימת השירותים, את מתכונת אספקתם ואת מחיריהם, וזאת לאחר שמיעת הגורמים הרלוונטיים ובכלל זה העותרת (כן הסתייע המשרד בחברת הייעוץ הבינלאומית Frontier Economics). נעמוד להלן בתמצית בלבד על עיקרי הליכי השימוע וההחלטות שהתקבלו בתחומים השונים.

א. שימוע בנוגע לרשימת השירותים

בשלב ראשון, המשרד ערך שימוע בנוגע לרשימת השירותים שבעלות התשתית יחויבו להציע לספקי שירותים ומאפייניהם (להלן: **רשימת השירותים**). בחודש יוני 2013 התפרסם "שוק סיטונאי – רשימת שירותים ל"הצעת מדף" – שימוע", ובמסגרתו התקבלו התייחסויות החברות הרלוונטיות ובכללן העותרת. לאחר בחינת התייחסויות, ביום 14.1.14 פורסמה החלטת מנכ"ל המשרד ביחס לרשימת השירותים הסיטונאיים, ובגדרה נכללו שישה שירותים סיטונאיים: (1) גישה רחבת-פס מנוהלת (Bitstream Access) (כאמור, שירות המאפשר חיבורו של מנוי ספק השירות לאינטרנט תוך שימוש ברשת של בעל התשתית); (2) פירוק למקטעים מארון ממשק סיב-כבלי מתכת או אופטי, לפי העניין, ועד השקע הראשון בבית משתמש הקצה; (3) שכירת סיבים אפלים (Dark Fiber) ברשת הגישה, רשת האיסוף וברשת הליבה; (4) שכירת אורך גל אופטי (ג) – "Virtual Dark Fiber" ברשת הליבה; (5) גישה לתשתית הפיסית של קנים, תת קנים, גוברים, קופסאות ועמודים ברשת הגישה, ברשת האיסוף וברשת הליבה; (6) שירות טלפוניה סיטונאי.

כן יצוין כי בהחלטת המנכ"ל מיום 14.1.14 נקבע כי אופן אספקת השירותים הסיטונאיים יקבע במידת הצורך בתיקי השירות שייקבע המשרד ברישיונות בעלי התשתיות; וכחלק מההחלטה תוקנו רישיונות בעלי התשתיות באופן שנקבעה רשימת השירותים בנספח השירותים ברישיונות, כ"שירות עתידי או במועד שיקבע על-ידי השר, לפי המוקדם" (בסעיף 3 להחלטת המנכ"ל).

צילומי שימוע רשימת השירותים והחלטת המנכ"ל צורפו לעתירה **כנספחים 11 ו-13** (בהתאמה).

ב. שימועים בנוגע להיבטים הכלכליים של האסדרה

ביום 15.1.14, פורסם שימוע בעניין אספקת שירותים סיטונאיים וקביעת תעריפים למתן שירותים סיטונאיים על גבי רשת העותרת, בהתבסס על המודל הכלכלי שנבנה. בהמשך, התקבלו התייחסויות החברות השונות ובכללן העותרת, שאף הגישה עתירה לבית המשפט הנכבד ביחס להליכי שימוע אלו, אשר נמחקה לאחר קבלת הצעת בית המשפט הנכבד ביחס למתווה השימוע (בג"ץ 1111/14 **בזק נ' משרד התקשורת** (ניתן ביום 17.3.14); וכן עתירה מינהלית בעניין חופש מידע (עת"מ 6019-08-14 – שנדחתה, תוך שערעור שהוגש, עע"ם 8389/14 **בזק נ' משרד התקשורת** (ניתן ביום 18.1.16), נמחק בהתאם להסכמות הצדדים).

ביום 19.8.14 פורסם שימוע משני בנוגע לשינויים שנערכו במודל הכלכלי בעקבות השימוע הראשון, וביום 17.11.14 פורסמה החלטת השר בדבר אסדרת השירותים הסיטונאיים - מתכונת אספקתם של שירותים סיטונאיים וקביעת תעריף בעדם ברשת חברת בזק (להלן: **החלטת השר**). החלטת השר, אליה נתייחס בהמשך, קבעה, בין היתר, תעריפים מירביים לשירותים סיטונאיים ברשת חברת בזק, שאותם עיגן השר בתקנות התקשורת (בזק ושידורים) (שימוש ברשת בזק ציבורית של מפ"א), תשע"ה-2014 (להלן: **תקנות השימוש**).

יוער, כי העותרת העבירה התייחסויות משלימות זמן רב לאחר המועד להעברת התייחסויות שקבע המשרד בשימועים אלה. זאת ועוד, לצד התייחסויותיה לשימועים, שלחה העותרת למשרד התקשורת - בנפרד מהליך השימוע - מכתבים רבים בהם פרשה באריכות ובפירוט טענות שונות כנגד הליכי אסדרת השוק הסיטונאי, אשר זכו למכתבי מענה מפורטים של המשרד.

צילום השימוע הראשי מיום 15.1.14 צורף לעתירה **כנספח 14**.

צילום השימוע המשני מיום 19.8.14 צורף לעתירה **כנספח 16**.

צילום פסק הדין בבג"ץ 1111/14 צורף לעתירה **כחלק מנספח 19**.

צילום פסק הדין בעע"ם 8389/14 מצורף ומסומן **מש/2**.

צילום החלטת השר מיום 17.11.14 צורף לעתירה **כנספח 17**.

ג. שימועים בנוגע להיבטים הנדסיים של שירותי השוק הסיטונאי וקביעת תיקי השירות

במקביל להליכים שתוארו לעיל, אגף הנדסה ורישוי במשרד קיים "פורום הנדסי" שכלל דיון בין החברות (העותרת וספקי תקשורת אחרים) במתכונת אספקת השירותים הסיטונאיים ומיפוי מחלוקות תפעוליות והנדסיות. במסגרת זו הופצו להתייחסות החברות טיוטות ראשוניות של תיקי השירות, שעתידיים היו להיות מצורפים לרישיונות של בעלות התשתית ולהסדיר באופן פרטני את ההיבטים ההנדסיים והתפעוליים של מתכונת אספקת השירותים הסיטונאיים על ידי בעלות התשתית. בעניין זה נערכו מספר הליכים נפרדים, כדלקמן:

(1) תיק שירות בעניין גישה רחבת-פס מנוהלת וטלפוניה סיטונאית (שירותים (1) ו-(6) ברשימת

השירותים): ביום 15.1.14 פורסם שימוע לטיטת תיק השירות לגישה רחבת-פס מנוהלת (Bitstream Access), וטיטות תיקון הרישיונות של העותרת ושל הוט טלקום. לאחר קבלת התייחסויות, ביום 19.8.14 פורסמה טיוטה מתוקנת להערות הכוללת גם התייחסות למתכונת לאספקת שירות טלפוניה סיטונאי. ביום 16.11.14 פורסם מסמך התייחסות ומענה מפורט לטענות חברות התקשורת, ובכללן המערערת, לעניין טיטת תיק השירות; וביום 17.11.14 חתם השר על ההחלטה בדבר תיק השירות שחל על שתי בעלות התשתית (בשינויים טכנולוגיים מחויבים).

צילום תיק שירות BSA מיום 15.1.14 צורף לעתירה **כנספח 15**.

צילום מסמך השימוע המשני מיום 19.8.14 מצורף ומסומן **מש/3**.

צילום מסמך ההתייחסות מיום 16.11.14 מצורף ומסומן **מש/4**.

(2) **תיקי השירות בעניין שאר השירותים הסיטונאיים (שירותים (2)-(5) ברשימת השירותים):** ביום 26.2.14 פורסם שימוע לטיוטת "תיק שירות סיטונאי - שימוש בתשתיות פסיביות", המסדיר את מתכונת מתן השירותים הסיטונאיים הבאים: שירות גישה לתשתית פיזית, שירות שכירת סיבים אפלים ושירות אורך גל אופטי (שירותים (3)-(5) ברשימת השירותים). ביום 28.5.14 פורסם שימוע נוסף של טיוטת "תיק שירות סיטונאי - פירוק למקטעים מארון ממשק סיב אופטי/כבל זוגות נחושת ועד לחצר לקוח (Sub Loop Unbundling- SLU)" (שירות (2) ברשימת השירותים). לאחר קבלת ההתייחסויות, לרבות העותרת, פורסמה ביום 6.10.14 טיוטת תיקי השירות לשימוע משני. לאחר קבלת התייחסויות נוספות, ביום 27.1.15 פורסמה ההחלטה בעניין זה,⁷ ולפי תיקוני הרישיון במסגרתה היה על העותרת ליתן לספקי השירות גישה לשירותים האמורים החל ביום 31.7.15.

צילומי ההחלטה מיום 26.2.15 ותיקוני הרישיון הנלווים לה מצורפים ומסומנים **מ/ש/5**.
צילום תיק השירות בעניין שימוש בתשתיות פיזיות מצורף ומסומן **מ/ש/6**.

40. כאמור לעיל, ביום 17.11.14, בתום הליכי השימוע ביחס לשירותים של טלפוניה וגישה רחבת-פס מנוהלת, ולאחר שהובאו בפניו המלצות דרגי המקצוע, חתם שר התקשורת על ההחלטה האמורה בדבר "אסדרת השירותים הסיטונאיים - מתכונת אספקתם של שירותים סיטונאיים וקביעת תעריף בעדם ברשת חברת בזק". החלטת השר התייחסה לשני הרבדים של הליך האסדרה של שני שירותים אלה, הכלכלי וההנדסי. ברובד הכלכלי, עוגנו כאמור התעריפים המרביים לשירותים סיטונאיים ברשת חברת בזק במסגרת תקנות השימוש; וברובד ההנדסי, נקבעו תיקי השירות הכוללים את מתכונת אספקת שירותי גישה רחבת פס מנוהלת (BSA) ושירות טלפוניה סיטונאי, שצורפו לרישיון של בעלות התשתית (העותרת והוט), וכן תיקון הרישיון. יצוין, כי בתיק השירות נקבעו העקרונות למתכונת אספקת השירותים במסגרת הרפורמה, תוך שנקבע כי אופן היישום הפרטני של התהליכים ייקבע בהסכם בין בעלות התשתית וספקי השירות.

עוד יצוין כי לשם הערכות ליישום הרפורמה בשירותים האמורים, שירות גישה רחבת פס מנוהלת ושירות טלפוניה סיטונאית, נקבעו תקופות היערכות של שלושה או שישה חודשים (קרי, עד יום 17.2.15 ויום 17.5.15, בהתאמה).

41. ביני וביני, ביום 29.12.14 הגישה העותרת עתירה בנושא לבית משפט נכבד זה, בג"ץ 8976/14 **בזק נגד שר התקשורת** (ניתן ביום 23.5.16), שבמסגרתה ביקשה את ביטולן של החלטת השר האמורה, של תיקון הרישיון ותיק השירות וכן תקנות השימוש, תוך שתקפה בפרט את ישימות שירות הטלפוניה הסיטונאי ברשתה וסבירות והתעריפים שנקבעו. לענייננו, יצוין כי במסגרת העתירה בבג"ץ 8976/14 העלתה העותרת טענות גם ביחס לביטול ההפרדה המבנית, וכי למעשה נדרש היה לבטל את ההפרדות המבניות בינה לבין חברות הבת כחלק מכינון השוק הסיטונאי.

⁷ החלטה זו נחתמה בטעות בידי מנכ"ל המשרד בלבד והחלטה מתוקנת, זהה בנוסחה, החתומה בידי המנכ"ל וכן סמנכ"ל הנדסה ורישוי פורסמה ביום 26.2.15.

המדינה התייחסה גם לסוגיה זו במסגרת תגובתה לעתירה בבג"ץ 8976/14 מיום 18.3.15, וטענה בין היתר כי "ביטול ההפרדות המבניות מהווה הקלה רגולטורית שניתן יהיה להחיל על העותרת **בהינתן שוק סיטונאי עובד ותחרות בת קיימא, והיא אינה תנאי לקיומו של שוק סיטונאי**" [הדגשה במקור – הח"מ] (בסעיף 89 לתגובת המדינה). בנוסף, הובאו הוראות סעיפים 11 ו-15 למסמך המדיניות והודגש כי "**הצגת הדברים על-ידי העותרת באופן שניתן לבטל את ההפרדות המבניות בטרם נמכרים שירותים סיטונאיים כלשהם (קל וחומר טרם התבססות השוק הסיטונאי) נוגדת לחלוטין את מטרות האסדרה ומדיניות המשרד**. הטענה לפיה ללא הפרדה מבנית מנועה העותרת מלהתחרות בספקי שירות אחרים היא אבסורדית. כאמור, ברור כי לעותרת יתרון מהותי על פני שחקניות קטנות וחדשות בשוק ולכן לשם הצלחת המהלך **קיימת חובה שלא להסיר את ההפרדות המבניות בטרם אלו יתבססו, אחרת התחרות בשוק הסיטונאי תגווע בטרם תחל**". [הדגשות במקור – הח"מ] (בסעיף 92 לתגובת המדינה).

הנה כי כן, כבר במסגרת תגובתה מיום 18.3.15 לעתירת העותרת בבג"ץ 8976/14, המדינה עמדה על כך שביטול ההפרדה המבנית כרוך בהתקדמות כינונו של השוק הסיטונאי ופיתוח התחרות, ונתון לשיקול דעתם של הגורמים המוסמכים במשרד התקשורת.

צילום עתירת העותרת בבג"ץ 8976/14 (ללא נספחים) מצורף ומסומן **מש/7**.

צילום תגובת המדינה בבג"ץ 8976/14 (ללא נספחים) מצורף ומסומן **מש/8**.

42. בפסק דין חלקי מיום 11.10.15 נדחתה העתירה בסוגיית הטלפוניה (לאחר שהוגשו מספר הודעות עדכון בעניין זה, אליהן נתייחס בהמשך), וביום 23.5.16 נדחו יתר רכיבי העתירה. יוער, כי עוד בהחלטתו בתום הדיון בעתירה מיום 25.3.15 עמד בית המשפט הנכבד, בין היתר, על כך ש"**על פרשנות הדין בסוגיה זו לתמוך בתכלית החקיקה במבט על, קרי שיפור השירות לציבור והתחרות, כהכרעה אסטרטגית**"; ובפסק דינו מיום 23.5.16 הדגיש את התערבותו המצומצמת בסוגיות מקצועיות שבמומחיות.

צילום החלטת בית המשפט הנכבד מיום 25.3.15 בבג"ץ 8976/14 ופסק הדין החלקי מיום 11.10.15 מצורף ומסומן **מש/9**.

צילום פסק הדין מיום 23.5.16 צורף לעתירה כחלק **מנספח 19**.

4.ג כינון רפורמת השוק הסיטונאי

43. תחילה, יצוין כי בניגוד לטענת העותרת בדבר שיתוף פעולה מצדה בכל הנוגע לקידום רפורמת השוק הסיטונאי (ראו, למשל, בסעיף 11 לעתירה), **לא כך היה הדבר**. כך, למשל, עוד בתגובת המדינה לעתירה בבג"ץ 8976/14 נמסר כי "למרות המצג שמנסה העותרת ליצור, לפיו היא שיתפה פעולה עם כל המהלך, אין הדבר מדויק כלל ועיקר. לאורך כל הדרך ניסתה העותרת להקשות ככל הניתן, לדחות מועדי הגשת התייחסויות ולעשות כל אשר ביכולתה על-מנת למנוע את יציאתו של המהלך מן הכוח אל הפועל, או לפחות לגרום לעיכובו למשך פרק זמן ממושך ככל הניתן. קשה להימנע מן הרושם כי העתירה מתיישבת עם כלל התנהלות העותרת בכל הנוגע לצעדי האסדרה, אשר נועדו לטרפד או לפחות לעכב את הקמתו של השוק הסיטונאי, הנחוץ כל כך לשם הגברת התחרות בשוק; תחרות שאינה עולה בקנה אחד עם האינטרסים של העותרת להישאר הדומיננטית מבין שתי בעלות תשתית הגישה הנייחת היחידות במדינה" (סעיף 6 לתגובה).

מעבר לכך, גם לאחר שנקבעו הוראות האסדרה, העותרת הערימה קשיים רבים על יישומה, לא שיתפה פעולה כנדרש עם המשרד, והפרה הוראות שונות ביחס לשירותים השונים שנכללו בגדרי הרפורמה, בגינן ננקטו נגדה הליכי אכיפה והושתו עליה עיצומים כספיים. למעשה, חלק מהשירותים שנכללו ברפורמת השוק הסיטונאי ניתנו רק לאחר התערבות חוזרת ונשנית מצד המשרד, תוך השקעת משאבים רבה מצדו; וגם כיום חלק מהשירותים הסיטונאיים טרם ניתנו על-ידי העותרת, במתכונת שנקבעה בתיקי השירות שעוגנו ברישיונה. כפי שיפורט להלן.

4.1.ג יישום השירות הסיטונאי של גישת רחבת פס מנוהלת – שירות מס' (1) ברשימת השירותים

44. כאמור לעיל, בהתאם להוראות תיק השירות הרלוונטי, כפי שנקבע בהחלטת השר מיום 17.11.14, היה על העותרת להגיע להסכמות עם ספקי השירות האחרים בשורה של נושאים הנוגעים לפרטי התהליכים לאספקת השירותים עובר למועד כניסת הרפורמה לתוקף (שנקבע כאמור בהחלטת השר ליום 17.2.15). לאחר שספקי השירות פנו למשרד התקשורת בעניין, נאלץ המשרד להתערב בנושא, ולאחר שניהל סדרה של "שולחנות עגולים" בהשתתפות הגורמים הרלוונטיים, ובכללם נציגי העותרת, קבע את אופן היישום הפרטני של התהליכים - במסגרת נספחים לתיק השירות שנקבעו בסמוך לכניסתה לתוקף - באופן שיאפשר את מימושה והוצאתה לפועל של הרפורמה בשירות זה, לטובת כלל הציבור.

45. דא עקא, בימיה הראשונים של הרפורמה - ימי ההשקה הקריטיים ביותר להצלחתה - התברר כי העותרת הפרה חובות שהוטלו עליה בתיק השירות ונספחיו, באופן שהביא לסרבול במעבר המנויים ואף למניעת נידום מהעותרת לספקי השירות, אשר היה עלול לסכל את הרפורמה כולה בשירות זה, על כלל משמעויותיה התחרותיות והצרכניות. בנסיבות אלה, ובתום הליך מקיף, לרבות שמיעת טענות העותרת והתייעצות עם ועדה מייעצת לפי החוק, הורה ביום 16.12.15 מנכ"ל המשרד דאז על הטלת עיצום כספי על העותרת בסכום של כ-8.5 מיליון ש"ח. העותרת הגישה עתירה מינהלית נגד החלטה זו, אשר נדחתה לגופה (עת"מ 60740-01-16 בזק נ' מנכ"ל משרד התקשורת (ניתן ביום 25.1.18)). ערעור שהוגש לבית משפט נכבד זה נדחה לאחרונה בתום הדיון בו, לאחר שהעותרת הסכימה למשכו לאור המלצת בית המשפט הנכבד (עע"ם 2184/18 בזק נ' מנכ"ל משרד התקשורת (ניתן ביום 10.6.19)).

46. הנה כי כן, העותרת לא העניקה שירות סיטונאי זה במועד בהתאם להוראות הרישיון ואף הערימה כאמור קשיים שונים שעלולים היו לסכלו עוד בראשיתו, תוך שנדרשה התערבות מצד המשרד ואף נקיטה בהליך פיקוח ואכיפה. אכן, באופן יחסי, מבין השירותים הסיטונאיים הכלולים ברפורמת השוק הסיטונאי, שירות זה רשם עם השנים את ההצלחה הרבה ביותר, ונכון לחודש דצמבר 2018 כ-500 אלף מנויים מקבלים שירותי תשתית אינטרנט מספקי השירותים המתחרים, שהחלו להציע שירותי פס רחב על גבי התשתית החכורה של העותרת⁸ (נתונים אלה לא כוללים מנויי שוק סיטונאי של החברה הבת בזק בינלאומי).

⁸ בנוסף, יצוין כי נכון לפברואר 2019 לעותרת מאות אלפי מנויים בסל שירותים משותף שהיא משותפת, במתכונת האסדרתית שנקבעה בעבר לפני כינון השוק הסיטונאי. חלק ניכר ממנויים אלה משויך לבזק בינלאומי, שנותנת להם את שירות הגישה לאינטרנט במסגרת סל השירותים המשותף, ואילו יתר המנויים של העותרת בסל השירותים המשותף משויכים לספקים מתחרים.

עם זאת, על אף האמור ברמה הקמעונאית עדיין נותר לעותרת מעמד דומיננטי בענף זה. כך, נכון לסוף שנת 2018, קרי, מספר שנים מתחילת רפורמת השוק הסיטונאי, קבוצת בזק מחזיקה בנתח שוק של כ-50% ממנויי האינטרנט בישראל, ובנוסף 20% הם מנויי ספקי שירות אחרים על גבי תשתית העותרת, ואילו הוט טלקום מספקת שירותי תשתית אינטרנט לכ-30% מהמנויים.⁹ כך, כ-70% ממנויי האינטרנט בישראל מקבלים שירות אינטרנט על גבי התשתית של בזק, בין אם במישרין מהחברה עצמה או באמצעות בזק בינלאומי, ובין אם מספקים מתחרים במתכונת של שוק סיטונאי.

בנוסף, יוער כי לעמדת המשרד גם תיק שירות זה אינו מיושם במלואו על-ידי העותרת. כך, למשל, בעניין אספקת שירות BSA במתכונת מסוימת הקבועה בתיק השירות (Multicast), ובעניין מתן שירות חיבור לרשת הגישה ברמה המקומית, והמשרד בוחן טענות שונות בין היתר בעניינים אלו.

4.2.ג יישום השירות של טלפוניה סיטונאית – שירות מס' (6) ברשימת השירותים

47. כאמור, בהתאם להחלטת השר מיום 17.11.14 והוראות תיק השירות שנלווה לרישיונה של העותרת, היה עליה לספק את שירות הטלפוניה הסיטונאי בתוך 6 חודשים, קרי, החל ביום 17.5.15 (בהחלטה נפלה טעות סופר ונכתב 17.5.14). יצוין, כי בתיק השירות נקבעה מתכונת אספקת השירות במתכונת של "carrier preselection", לפיו יצירת השיחה מתבצעת ברשת של העותרת ומנותבת למתג של ספק השירות. ספק השירות מנתב את השיחה אל הרשת בה תושלם השיחה – בין ברשתו ובין בכל רשת אחרת, ובכך מתאפשר לספק השירות להציע שירות טלפוניה בעצמו; וכן להוסיף לשיחה שירותים נלווים כגון שירותי תא קולי, שיחה ממתינה וכיוצ"ב.

48. אולם, כפי שגם עמדה המדינה במסגרת כתבי בי-דין מטעמה בבג"ץ 8976/14, העותרת לא נערכה ולא החלה לספק שירות זה במועד. כך, בהודעה מעדכנת מטעמה בבג"ץ 8976/14 מיום 7.5.15 עמדה המדינה על בחינות חוזרות שנערכו עם העותרת, בין היתר, ביחס לשימות מתן שירות הטלפוניה הסיטונאית, בסיומן נדחו טענות העותרת בעניין אי-ישימות מתן שירות זה (לרבות הטענות בעניין המתג הקיים). כן עמדה המדינה על כך שהעותרת עשתה דין לעצמה ונמנעה מלהיערך לאספקת השירות במועד, וכי לא היתה כל מניעה כי העותרת תספק את השירות במועדו ביום 17.5.15.

צילום הודעה מעדכנת מטעם המדינה בבג"ץ 8976/14 מיום 7.5.15 מצורף ומסומן **מש/10**.

49. בהודעה מעדכנת נוספת מטעם המדינה בבג"ץ 8976/14 מיום 8.10.15, צוין כי העותרת טרם העניקה שירותי טלפוניה סיטונאית לספקי השירותים, וכי בסופו של יום הציבור יוצא נפסד. יחד עם זאת, עדכנה המדינה כי בעקבות חילופי המנהל הכללי במשרד ומינויו של מר שלמה פילבר למשרה, התקיימו ישיבות שונות בין העותרת לבין המשרד בנושאים שונים הנוגעים לאסדרת השוק הסיטונאי, וכי לאור החשיבות שהמשרד רואה ביכולתן של ספקי השירות להציע לאלתר חבילת שירותים הכוללת שירות טלפוניה, ובכדי שלא לאפשר המשך עיכוב אספקת שירות זה, גיבש המשרד שימוע בדבר חיוב העותרת לתת לספקי השירותים שירות טלפוניה במתכונת שונה של "מכירה חוזרת" (resell)¹⁰, למשך פרק זמן של כשנה.

⁹ יוער, כאמור לעיל, כי בחודש יוני 2018 החלה הוט טלקום לספק שירות סיטונאי זה על גבי הרשת שלה, אולם נכון לעת הזו, שיעור הלקוחות הסיטונאיים על גבי רשת זו הוא זניח. כך גם, בשנים האחרונות החלו פרטנר וסלקום לספק שירות אינטרנט באמצעות תשתיות בבעלותן, אך גם זאת לשיעור קטן מכלל המנויים.

¹⁰ מדובר באספקת שירות טלפוניה במתכונת מכירה חוזרת ושאינה מצריכה שינויים במערכות ההנדסיות של החברה אלא רק במערכות ה-IT.

בצד האמור, הובהר כי שירות זה מהווה פתרון נחות לעומת השירות שנקבע בתיק השירות, המקדם באופן מצומצם את תכליות האסדרה; וכי הוא מוצע כפתרון זמני לתקופה של כשנה (במהלכה לא תחויב העותרת באספקת שירות הטלפוניה הסיטונאית במתכונת שנקבעה ברישיונה). ביום 11.10.15 נדחה כאמור החלק בעתירתה של העותרת בבג"ץ 8976/14 בעניין הטלפוניה.

צילום הודעה מעדכנת מטעם המדינה בבג"ץ 8976/14 מיום 8.10.15 מצורף ומסומן מש/11.

50. ביום 10.12.15 פורסם שימוע ביחס לאספקת שירותי הטלפוניה במתכונת מכירה חוזרת ברשת בזק. לאור התייחסויות לשימוע - מהן עלה כי ספקי השירותים והעותרת מתנגדים להסדר שהוצע, וכי קיימים פערים באשר לעמדות הצדדים ביחס למחיר התחרותי הסביר לשירות זה - סבר המשרד כי יש לקבוע בתקנות את התשלומים בעד שירות הטלפוניה במכירה חוזרת. ביום 18.5.17 התקבלה החלטת מ"מ שר התקשורת דאז בדבר "מתכונת אספקת שירות טלפוניה במכירה חוזרת וקביעת תשלום בעדו ברשת בזק", שעניינה הסדר זמני כאמור לתקופה של שנה אחת, הקובע מתן שירות טלפוניה במכירה חוזרת, וזאת עד ליום 17.7.18 (וכן תיקון תקנות השימוש בהוראת שעה בעניין קביעת המחיר המירבי בעד אספקת שירות הטלפוניה במכירה חוזרת) (להלן: ההסדר הזמני).

צילום שימוע ביחס למתכונת מכירה חוזרת מיום 10.12.15 מצורף ומסומן מש/12.

צילום החלטת מ"מ השר מיום 18.5.17 מצורף ומסומן מש/13.

51. לאחר שהמשרד נוכח כי המתכונת החלופית האמורה לא מקיימת את תכליות האסדרה ואינה אטרקטיבית לספקי השירותים המתחרים (למעשה, השירות סופק למספר זעום של כמה מנויים בלבד), במסגרת מכתב מנכ"ל המשרד הנוכחי מיום 5.6.18 הובהר כי ההסדר הזמני לא יוארך, וכי החל מיום 1.8.18 על העותרת לספק את שירות הטלפוניה הסיטונאית במתכונת הקבועה בתיק השירות.

צילום מכתב המנכ"ל מיום 5.6.18 מצורף ומסומן מש/14.

52. דא עקא, לאחר שנמצא כי העותרת לא החלה לספק את השירות של טלפוניה סיטונאית במתכונת הנדרשת לפי תיק השירות במועד שנקבע, ביום 27.12.18 החליט מנכ"ל המשרד להטיל עיצום כספי על העותרת בסך של כ-11.16 מיליון ₪, במסגרת הליך פיקוח ואכיפה בעניין זה. יצוין כי העותרת הגישה עתירה מינהלית נגד החלטת המנכ"ל בעניין זה (עת"מ 10664-02-19 בזק נ' משרד התקשורת), אשר עודה תלויה ועומדת.

53. עוד יצוין, בהקשר זה, כי ביום 11.12.18 נערכה ישיבה במשרד התקשורת בנושא במסגרתה מסרו נציגי העותרת, בניגוד לטענות שטענה בעבר, כי היא מסוגלת לספק את השירות במתכונת המקורית שנקבעה בתיק השירות Carrier Pre-Selection-CPS (ראו בסעיף 48 לעיל), בהתבסס על המתג הראשי הקיים. במכתב נוסף מטעמה מיום 13.6.19 עדכנה העותרת כי היא ערוכה ומוכנה מזה מספר חודשים לספק את שירות הטלפוניה בהתאם להגדרת תיק השירות; והדברים מצויים כיום בבחינה של המשרד.

54. הנה כי כן, הגם שהמועד המקורי ליישום שירות הטלפוניה הסיטונאית חל לפני למעלה מארבע שנים, העותרת טרם מספקת שירות זה במתכונת שנקבעה בתיק השירות שלה, וכאמור לעיל, בעניין זה ננקט נגדה הליך אכיפה והוטל עליה עיצום כספי (כאמור, בנושא הוגשה עתירה מינהלית).

זאת ועוד, אי-אספקת שירות הטלפוניה הסיטונאית במתכונת שנקבעה בתיק השירות מסייעת לעותרת לשמור על מעמדה הדומיננטי בשוק התקשורת בכלל, ופוגעת ברמת התחרות בענף זה בפרט. שכן בכך היא מונעת ממתחרותיה להגדיל את נתח השוק שלהן בשוק הטלפוניה, ואף נפגעת יכולתן להגדיל את נתח השוק שלהן בשווקים מקבילים, בשל העדר האפשרות להציע חבילות שירותים אטרקטיביות יותר הכוללות שירות זה.

ויודגש, בהקשר זה, כי שירות הטלפוניה הוא עודנו שירות משמעותי ופופולרי מבין השירותים שמספקת העותרת בשוק התקשורת הנייחת, ומהווה נדבך מרכזי ביישום רפורמת השוק הסיטונאי. כך, למרות שהביקוש לשירות זה נמצא במגמת ירידה, גם בשנת 2018 ענף זה הניב לעותרת הכנסות בסך של 1.16 מיליארד ש"ח, שהם כ-27% מסך הכנסות העותרת.

ג.4.3 יישום השירות הסיטונאי של גישה לתשתיות פסיביות – שירות מס' (5) ברשימת השירותים

55. שירות הגישה לתשתיות פסיביות נועד לאפשר לספקי השירותים להשתמש במרכיבים הפסיביים של רשתות התקשורת של בעלות התשתית, בכל רבדיהן (דוגמת קנים, גוברים, קופסאות ועמודים), בכדי לפרוש את תשתיות התקשורת העצמאיות שלהם באמצעותם (לדוגמה, סיבים וכבלים הנפרשים על גבי המרכיבים הפסיביים).

56. תחילה, חשוב לציין כי גם שירות זה מהווה נדבך מרכזי ברפורמת השוק הסיטונאי. זאת, נוכח ההיתכנות הנמוכה ביותר להקים תשתית פסיבית עצמאית בהיקפים משמעותיים על ידי מתחרה כלשהו, כפי שהוסבר לעיל. לפיכך, ללא חיוביה של העותרת לספק שירות זה לספקי השירות, אלו יוכלו לספק את שירותיהם רק על גבי הרשת של העותרת (או של הוט טלקום) ולא על גבי תשתית עצמאית משל עצמם; ולעותרת ימשיך להיות מעמד מונופוליסטי מבחינת תשתיות התקשורת. יתר על כן, למתן שירות זה חשיבות נוספת. כך, בעוד מרבית השירותים הסיטונאיים האחרים מאפשרים בעיקר תחרות על רמת המחיר ולא מאפשרים תחרות רבה על איכות התשתית – שכן הם מבוססים על התשתית הקיימת של העותרת – מתן שירות הגישה לתשתית הפסיבית מאפשר לספק השירות לפרוש רשת עצמאית, ומעודד את התחרות על איכות המוצר תוך שדרוג תשתיות התקשורת.

כפי שיפורט להלן, העותרת הערימה קשיים רבים גם ביחס ליישום שירות זה כחלק מרפורמת השוק הסיטונאי, באופן שהוביל לעיכוב משמעותי בפרישת התשתיות על-ידי ספקי השירותים.

57. כאמור בסעיף 40(2) לעיל, ברישיונותיהן של העותרת והוט טלקום נקבע "תיק שירות סיטונאי: שימוש בתשתיות פיזיות", המסדיר בין היתר את אספקת השירות של גישה לתשתיות פיזיות (וכן שני שירותים נוספים), ומועד אספקתו נקבע ליום 31.7.15. יצוין כי בתיק השירות נקבע העיקרון כי ספקי השירותים יוכלו לבצע את העבודות בעצמם או באמצעות בעל התשתית, לפי דרישתו ושיקול דעתו של ספק השירות (בסעיף 6(ד) לתיק השירות). לאחר פרסום תיק השירות התעוררו סוגיות ביטחוניות שעניינן בביצוע עבודת תשתית בידי ספקי השירותים. בשים לב לכך, ולאחר הליך שימוע, ביום 30.7.15 פורסם נספח 1 לתיק השירות, בו נקבע הסדר זמני, לפיו בתקופת מעבר עד יום 1.11.15 יבוצעו העבודות לביצוע אספקת השירותים על פי תיק השירות על ידי בעל התשתית בלבד, וזאת על מנת לאפשר את אספקת השירות במועד שנקבע ברישיונות בעלות התשתית (31.7.15).

58. בהמשך, ולאחר דין ודברים עם גורמי הביטחון, פרסם משרד התקשורת ביום 6.7.16 את נספח 1א לתיק השירות, לפיו ניתן יהיה לבצע את העבודות על-ידי העותרת או באמצעות מספר מצומצם של קבלנים בהם העותרת עצמה נוהגת להיעזר בשירותיהן במקרים חריגים. גם לאחר תיקון זה, נמנעה העותרת מאספקת השירות לספקי השירותים באמצעות קבלניהם, והעלתה גם טענות בנוגע למשמעות המונח "מקרים חריגים". ביום 13.6.17 פרסם משרד התקשורת הבהרה לפיה הביטוי האמור מתייחס לחריגות המקרים בהם נוהגת העותרת להסתייע בקבלנים ולא לחריגות המקרים בהם יוכלו ספקי השירות להסתייע באותם קבלנים, ושב עליה בהבהרה נוספת מיום 19.10.17 במענה לפניית העותרת בנושא.

59. ביום 9.11.17 הגישה העותרת עתירה נוספת לבית משפט נכבד זה - בג"ץ 8762/17 **בזק החברה הישראלית נ' משרד התקשורת** - במסגרתה תקפה את ההבהרה האמורה. במסגרת תגובתה המפורטת לעתירה מיום 25.1.18 טענה המדינה, בין היתר, כי דינה של העתירה להידחות על-הסף ולגופה, תוך שהודגש כי דרישת העותרת לחייב את ספקי השירותים לבצע את העבודות בתשתיות העותרת באמצעותה בלבד היא מהלך אנטי תחרותי שיביא לצמצום השימוש בתשתיות הפסיביות; וכי קיימת תכלית תחרותית מובהקת להקטין ככל הניתן את התלות של המתחרות בעותרת בכל הנוגע לפרישת התשתית העצמאית שלהן. ביום 29.1.18 נערך הדיון בעתירה, בסיומו הודיעה העותרת כי בהתאם להערותיו של בית המשפט הנכבד היא אינה עומדת על עתירתה, והעתירה נדחתה.

צילום תגובת המדינה בבג"ץ 8762/17 (ללא נספחים) מצורף ומסומן **מש/15**.

צילום פסק הדין בבג"ץ 8762/17 מצורף ומסומן **מש/16**.

60. עוד יצוין, למען שלמות התמונה בהקשר זה, כי על רקע יישום תיק השירות ונספחיו פתחו עובדי העותרת בשיבושי עבודה ובהפרעות יזומות לעבודת הקבלנים של ספקי השירות (מתחריה של העותרת), באופן אשר שיבש את ביצוע העבודות על ידם. על רקע זה פנתה העותרת לבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב-יפו בבקשה למניעת השביתה. בהחלטת בית הדין נקבע כי עובדי העותרת יהיו רשאים לנקוט צעדים ארגוניים מוגבלים למשך יומיים בלבד (ראו ס"ק 10-17-50466). בקשת רשות ערעור על החלטת בית הדין האזורי נדחתה בדעת רוב על-ידי בית הדין הארצי לעבודה (ראו בר"ע 15004-11-17).

61. ביום 9.8.18, בהמשך לעמדה עדכנית של גורמי הביטחון, פרסם המשרד עדכון לתיק השירות "שימוש בתשתיות פיזיות", שלפיו יתאפשר גם למפעילים אחרים בעלי רישיון למתן שירותים פנים ארציים ספקי השירותים (פרטנר וסלקום), או חברות קבלן מטעמן, לבצע את העבודות בתשתיות בעלות התשתית, ובלבד שלעובדים המבצעים את העבודות יהיה הכשר ביטחוני מתאים.

צילום עדכון לתיק השירות "שימוש בתשתיות פיזיות" מיום 9.8.18 מצורף ומסומן **מש/17**.

62. עוד יוער, כי במקביל לאמור פורסם שימוע "תיק שירות שימוש הדדי בתשתיות פסיביות", שהוא מהלך אסדרה נוסף בעניין חובת שימוש הדדית של מפעיל פנים-ארצי בתשתית של מפעיל פנים-ארצי אחר. לאחר קבלת התייחסויות הגורמים הרלוונטיים, לרבות העותרת, פורסמה ביום 16.1.19 החלטת המנכ"ל במסגרתה נקבעו תיקונים בתיק השירות הקיים של "שימוש בתשתיות פיזיות" וכן הוראת מנהל בעניין "שימוש הדדי בתשתיות פאסיביות" (חלף קביעת תיק שירות חדש בעניין זה).

צילום שימוע לתיק שירות שימוש הדדי בתשתיות פסיביות מצורף ומסומן **מש/18**.

צילום החלטת המנכ"ל בעניין תיק שירות שימוש הדדי בתשתיות פסיביות מצורף ומסומן **מש/19**.

63. הנה כי כן, מכל האמור לעיל עולה כי במהלך השנים הערימה העותרת קשיים גם ביחס לאספקת השירות הסיטונאי של גישה לתשתיות הפאסיביות, ובמשך תקופה ארוכה העותרת לא סיפקה את השירות - שהמועד המקורי לאספקתו חל ביום 31.7.15 - במתכונת מלאה, כנדרש לפי הוראות תיק השירות בעניין זה (וראו ביחס לאי מתן שירות התשתיות הפסיביות במשך חודשים רבים והתננייתו באופי השימושים של המתחרות, בניגוד להנחיות המשרד, את מכתב המנכ"ל מיום 21.8.16 ומכתב הסמנכ"ל מיום 2.11.18 שלהלן).

עוד יוער, בהקשר זה, כי במשך השנים נדרש המשרד להתערב ולהכריע במחלוקות שונות שעלו בין העותרת לבין חלק מספקי השירותים בעניינים אלה: ראו הכרעה מיום 10.1.17 בעניין סוגיית השמירה על רציפות כבל הסיבים ואופן ביצוע הזמנת פרישה לאחר שהעותרת הגבילה את הספקיות בצורת פרישה מסוימת (לעניין זה ראו גם החלטת הממונה על התחרות להטיל עיצום כספי על העותרת כמפורט להלן); הכרעה מיום 18.4.18 ביחס לסוגיית הגישה לתשתית הפיזית במקרקעין פרטיים; וכן החלטת המנכ"ל האמורה מיום 16.1.19 במסגרתה הוחלט לאפשר לספקי השירותים להשתמש בגוברים הקיימים של העותרת ללא הקמת גוברים נוספים על ידם בצמוד לאלו הקיימים, כפי שדרשה העותרת).

צילומי מכתב המנכ"ל מיום 21.8.16 ומכתב הסמנכ"ל מיום 2.11.16 מצורפים ומסומנים מש/20.
צילומי יישובי מחלוקות מימים 10.1.17 ו-18.4.18 מצורפים ומסומנים מש/21.

64. כן יצוין כי לאחרונה ביום 4.9.19, בתום הליך מינהלי - לרבות שמיעת טענות העותרת - החליטה הממונה על התחרות להטיל עיצום כספי בסך כולל של 30 מיליון ש"ח על העותרת, ועיצום כספי בסך כולל של 500 אלף ש"ח על נושא משרה בה, בהתאם לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988.

כך, במסגרת החלטתה המפורטת התייחסה הממונה לקשיים שהציבה העותרת בפני המתחרות, אשר ביקשו לעשות שימוש בתשתית הפסיבית שלה לשם פריסת תקשורת קווית: חסימת מעבר למקטעים הסופיים של התשתית הפסיבית (החיבור שבין התשתית ברחוב אל הבניין עצמו - מקטע הגישה לבניין); ודרישה מהחברות המתחרות המבקשות לפרוש סיבים אופטיים בתשתית הפסיבית, כי הפרישה תיעשה תוך חיתוך וחיבור מחדש של כבל סיבים במספר נקודות רב, להבדיל מהשחלה בשיטה הרציפה. בהתאם, נקבע כי העותרת ניצלה לרעה את שליטתה בתשתיות תקשורת פסיביות ומעמדה כבעלת מונופולין בתחום זה, באופן העלול להגביל את התחרות ולפגוע בצרכנים.

עוד הודגש כי הפעולות שננקטו על ידי העותרת נעשו במועד קריטי מבחינת התפתחותה של התחרות, ובעת שמתחריה עושים מאמצים לחדור לתחום פרישת הסיבים בכדי להצליח להתחרות באופן אפקטיבי על אספקת שירותי תקשורת, ובשל כך נשאו חומרה מיוחדת (בסעיפים 104-107 ו-276-277 להחלטת הממונה).

צילום החלטת הממונה על התחרות מיום 4.9.19 מצורף ומסומן מש/22.

65. לסיכום, עד כה העותרת הערימה קשיים רבים באספקת שירות זה שהצריכו מעורבות בלתי פוסקת של המשרד כמתואר לעיל, על מנת לקדם את אספקת השירות ויישום כללי האסדרה. קשיים אלו הביאו לעיכובים ביישום שירות זה, המהווה נדבך מרכזי ברפורמת השוק הסיטונאי, ואשר החל בעיקרו רק בשנת 2017. הקשיים שהערימה העותרת ביחס לאפשרות מימוש אספקת שירות זה במתכונת שנקבעה ברישיונה פגעו באופן מהותי ביישומה של רפורמת השוק הסיטונאי, ולבטח תרמו תרומה של ממש לעיכוב ביישום פרישת התשתיות של החברות המתחרות, המהווה בין היתר תנאי הכרחי לגיוס לקוחות וקידום התחרות (וראו בהרחבה גם בהחלטת הממונה על התחרות).

ג.4.4 יישום השירותים הסיטונאיים הנוספים - שירותים מס' (4)-(2) ברשימת השירותים

66. כאמור בסעיף 40ג(2) לעיל, החובה לספק את השירותים הסיטונאיים הנוספים (פירוק למקטעים מארון ממשק; שכירת סיבים אפלים; ושכירת אורך גל אופטי) נקבעה ליום 31.7.15.

יצוין כי מדובר בשלושה שירותים שאינם עומדים במרכז של העתירה דנן, ונכון לעת הזו, אינם עומדים בחזית היישום של רפורמת השוק הסיטונאי. כמו כן, המשרד טרם נדרש לשאלה האם העותרת מקיימת את הוראות רישיונה בהקשר זה. משכך, לעמדת המדינה, לא נדרש במסגרת תגובה זו להרחיב לגבי כללי האסדרה לעניין שירותים אלה או מידת יישומם בעת הזו.

ג.5. סיכום יישום רפורמת השוק הסיטונאי ומעמדה של העותרת כיום

67. הנה כי כן, בחינת רפורמת השוק הסיטונאי במבט על וכמכלול מלמדת כי העותרת הערימה קשיים רבים לאורך כל הדרך; וכי הרפורמה, כפי שהותוותה במסמך המדיניות ובהוראות האסדרה השונות בעקבותיו לא מומשה במלואה, במתכונת ובמועדים שעוגנו בתיקוני הרישיון ובתיקי השירות השונים, תוך שנדבכים מרכזיים של שירות הטלפוניה הסיטונאי וגישה לתשתיות פסיביות יושמו באיחור רב ובאופן חלקי, אם בכלל.

כך, כמפורט לעיל, חלק מהרפורמה יושם כאשר סופק השירות של תשתית אינטרנט רחבת-פס, וגם זאת חרף קשיים שהערימה העותרת בנושא זה ולאחר התערבות רבה מצד המשרד, לרבות נקיטת פעולות פיקוח והליך אכיפה מנהלי של הטלת עיצום כספי. **אולם**, בכל הנוגע לשירות של טלפוניה סיטונאית, העותרת טרם מעניקה שירות זה במתכונת שנקבעה בתיק השירות לפני למעלה מארבע שנים, וגם בעניין זה ננקט נגדה הליך אכיפה והטלת עיצום כספי. כך גם, בכל הנוגע ליישום השירות הסיטונאי של גישה לתשתיות פסיביות – שכאמור חשיבותו רבה במיוחד שכן הוא שמאפשר פריסת תשתית עצמאית של ספקיות השירות על כל המשתמע מכך – העותרת הערימה קשיים רבים ובמשך תקופה ארוכה לא סיפקה את השירות במתכונת מלאה, כנדרש בהוראות תיק השירות בעניין זה. זאת, באופן שפגע ביכולתם של ספקי השירותים לעשות שימוש בתשתית זו לשם פריסת תשתית התקשורת שלהן, ותוך פגיעה בתחרות אשר בגינה גם הושת עליה עיצום כספי לאחרונה על-ידי הממונה על התחרות.

68. יישומה החלקי והמאוחר של רפורמת השוק הסיטונאי על-ידי העותרת פגע כאמור ביכולתם של ספקי השירותים הנוספים שאינם בעלי תשתית עצמאית לפתח תשתיות תקשורת עצמאיות מטעמם ולהתחרות בעותרת בענפים השונים; הצמיח לעותרת תועלת כספית משמעותית; וכן אפשר לה לשמור על מעמדה הדומיננטי בשוק התקשורת הנייחת גם לאחר השינויים האמורים במסגרת הרפורמה.¹¹

כך, נכון לסוף שנת 2018, בתחום הטלפוניה העותרת היא בגדר מונופול מוכרז ומשמרת נתח שוק של למעלה מ-60% בענף זה (כולל המגזר העסקי),¹² וכאמור לעיל, חרף הירידה בביקוש לשירות זה הוא עודנו אחראי לכ-27% מהכנסות העותרת; בתחום תשתית האינטרנט העותרת היא בגדר מונופול מוכרז, ומספקת שירותי תשתית אינטרנט לכ-70% מהמנויים בישראל כמתואר לעיל; וגם בתחום התמסורת ותקשורת נתונים מחזיקה העותרת בנתח שוק של כ-75% מההכנסות.

69. כפי שיפורט להלן, מידת יישומה והצלחתה של רפורמת השוק הסיטונאי, על כל מרכיביה, ומידת התחרות בשוק התקשורת על ענפיו השונים, לרבות שוק התקשורת הנייחת, נלקחות אף הן בחשבון כעת, במסגרת פעולת הצוות הייעודי לבחינת עדכון חובת ההפרדה המבנית המוטלת על העותרת ועל הוט טלקום.

ד. פניות העותרת בנושא ביטול חובת ההפרדה המבנית ובחינת הנושא במשרד התקשורת

70. במהלך השנים פנתה העותרת למשרד בבקשות שונות בעניין ביטול או שינוי חובת ההפרדה המבנית המוטלת עליה, וכפי שיפורט בהמשך, הנושא נבחן כעת על-ידי צוות ייעודי בראשות מנכ"ל המשרד. נפרט להלן את עיקרי הדברים בעניין זה.

71. נשוב ונציין, כאמור בפתח הדברים, כי פעילותו של מנכ"ל משרד התקשורת הקודם - מר שלמה פילבר - נכללת בכתבי החשדות במסגרת "תיק 4,000". על כן, מטבע הדברים לא ניתן לפרט במסגרת התגובה דין ביחס להיבטים האמורים, בטרם התקבלה החלטה סופית בתיק זה.

לצד זאת, נציין כי ביום 27.3.17 מינה מנכ"ל המשרד דאז - מר שלמה פילבר - "צוות בין-אגפי לנושא ביטול חובת ההפרדה המבנית בקבוצות בזק והוט" בראשותו. בכתב המינוי נכתב כי "בהמשך למסמך המדיניות של השר כחלון ממאי 2012 ובהתאמה לתמורות שחלו בשוק התקשורת, הצוות יבחן את ביטול חובת ההפרדה המבנית, בין היתר לפי החברות הבנות, לוחות זמנים לביצוע ותנאים בכל אחד מרמות ההפרדה: תאגידית, תפעולית ושיווקית". במסגרת עבודתו קיים הצוות מספר מפגשים מחודש אפריל 2017 עד חודש יולי 2017, ובכלל זה נפגש עם נציגי העותרת ביום 21.6.17.

צילום כתב המינוי מיום 27.3.17 מצורף ומסומן **מש/23**.

¹¹ יצוין כי על אף שהוט טלקום פועלת בשוק התקשורת הנייחת מזה למעלה מעשור, נתח השוק שלה בשוק התקשורת הנייחת כבעלת תשתית נמוך משמעותית משל העותרת (ראו לעיל בסעיף 8), כאשר עיקר האחיזה של החברה בשוק זה נובע משירות הטלוויזיה הרב-ערוצית שמציעה קבוצת הוט, שצריכתו מחייבת קיומה של תשתית הכבלים.
¹² במונחי מספר ערוצי קול ללקוחות פרטיים ועסקיים יחד.

72. יצוין כי במקביל נערכה בדיקה של מבקר המדינה, בין היתר, בעניין התנהלות משרד התקשורת בנושא. כך, ביום 2.1.17 נערך דיון משותף בנושא של ועדת הכלכלה והוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת, בהשתתפות מנכ"ל המשרד דאז מר פילבר, וביום 12.7.17 פורסם "דוח ביקורת מיוחד: היבטים בפעולות משרד התקשורת לאסדרת מגזר התקשורת הנייחת – ההשקעה בתשתיות במגזר התקשורת הנייחת והיבטים מבניים". יוער, כי במסגרת ההמלצות בדוח עמד המבקר, בין היתר, על הצורך בשיתוף חברות בשוק התקשורת וגורמי ממשלה רלוונטיים (בראשם משרד האוצר ורשות ההגבלים העסקיים) במסגרת גיבוש המדיניות בדבר ביטול ההפרדה המבנית; וכי ראוי שהמשרד יתן דעתו לחלוף הזמן והשינויים שחלו מאז פרסום מסמך המדיניות ויבחן אם יש צורך במתן הוראות וקביעת תנאים הנוגעים לאופן יישום ביטול ההפרדה המבנית (בעמ' 89-90 לדוח). המשרד משלים כיום הליך תיקון ליקויים בהתאם לדוח ביקורת זה.

73. ביום 17.10.17, לאחר מינויו של מר מימון (מוני) שמילה למנכ"ל המשרד בפועל במקומו של מר שלמה פילבר, נערכה פגישה בינו לבין ממלא מקום יו"ר דירקטוריון העותרת, שהציג את בקשת העותרת לקדם את הבחינה שנעשתה בנושא ביטול ההפרדה המבנית. ביום 29.10.17 חודשה פעילותו של הצוות שמונה לבחינת הנושא, בראשות המנכ"ל בפועל.

74. ביום 6.2.18 פנתה העותרת לשר התקשורת וביקשה את ביטולה של חובת ההפרדה המבנית בקבוצה. ביום 25.4.18 העבירה מנכ"לית העותרת מכתב נוסף בנושא, וביום 22.5.18 נערכה פגישה בין נציגי העותרת לבין שר התקשורת והמנכ"ל הנוכחי של המשרד (שמונה בחודש זה), בה העלתה העותרת טענותיה בעניין ביטול חובת ההפרדה המבנית.

צילום מכתב העותרת מיום 6.2.18 צורף לעתירה **כנספח 29**.

צילום מכתב מנכ"לית העותרת מיום 25.4.18 מצורף ומסומן **מש/24**.

75. ביום 4.6.18 מינה מנכ"ל המשרד הנוכחי צוות בין אגפי בראשותו, הכולל גורמי מקצוע מאגפים שונים במשרד התקשורת, לבחינת עדכון חובת ההפרדה המבנית בקבוצות בזק והוט, אשר החליף את הצוות שמונה בידי המנכ"ל הקודם מר פילבר (להלן: **הצוות או הצוות לבחינת עדכון חובת ההפרדה המבנית**). בכתב המינוי של הצוות נכתב, בין היתר, כי "בהמשך, למסמך המדיניות של שר התקשורת דאז משה כחלון ממאי 2012 ובהתאמה לתמורות שחלו בשוק התקשורת, הצוות יבחן את החלופות והגדרת המדדים לטובת עדכון חובת ההפרדה המבנית, בין היתר לפי החברות הבנות, לוחות זמנים לביצוע ותנאים בכל אחת מרמות ההפרדה: תאגידית, תפעולית ושיווקית".

צילום כתב המינוי של הצוות לבחינת עדכון חובת ההפרדה המבנית מצורף ומסומן **מש/25**.

76. יצוין כי הצוות לבחינת עדכון חובת ההפרדה המבנית קיים דיוניים בנושא, ולישיבותיו הוזמנו גם נציגים ממשרד האוצר ורשות התחרות, שהציגה עמדתה בנושא. בנוסף, במסגרת פעולת הצוות עד כה נשמעו גם נציגי חברות התקשורת המרכזיות, ובכלל זה בעלות התשתית (העותרת והוט טלקום). כך, למשל, העותרת הציגה בפני הצוות ביום 12.9.18 את עמדתה בעניין ביטול חובת ההפרדה המבנית החלה עליה. כמו כן, הצוות נפגש עם נציגי רגולטורים בענפי התקשורת מגרמניה ואיטליה, לשם לימוד מתוך הניסיון האירופי בסוגיות אלו.

במסגרת עבודת הצוות נבחנות חלופות שונות ביחס לחובת ההפרדה המבנית המוטלת על העותרת ועל הוט טלקום. בעניין זה יודגש, כי בשים לב לחלוף הזמן ממועד פרסום מסמך המדיניות (למעלה משבע שנים), אשר גובש ביחס למצב שוק התקשורת בתום העשור הקודם; ובשים לב לדינאמיות הברורה של שוק התקשורת; בחינת החלופות האמורה נעשית גם תוך בחינת מדיניות המשרד ביחס למצבו הנוכחי של שוק התקשורת, ובכלל כד יישום רפורמת השוק הסיטונאי, היקף התחרות בענפי השוק השונים, התפתחויות טכנולוגיות מאז שנת 2012 ועוד.

עם סיום עבודתו הצוות צפוי להגיש המלצותיו לשר התקשורת לשם קבלת החלטה בנושא. זאת, בכפוף לסדר העדיפויות המשרדי, ובשים לב לכינונה של ממשלה חדשה ומינויו של שר תקשורת לאחר הבחירות לכנסת ה-22.

77. עוד יצוין כי ביני וביני, פנה יו"ר דירקטוריון העותרת לשר התקשורת ביום 22.8.18 בבקשה לאישור שינוי זמני במבנה המשפטי בחברות הבת של העותרת, אשר יעמוד בתוקפו עד לביטול ההפרדה המבנית. בהמשך, התקיימו ישיבות של הנהלת המשרד עם יו"ר העותרת, לבקשתו, שבהן הוצגה בקשת העותרת האמורה. ביום 7.11.18 נערכה לבקשת העותרת פגישה של נציגי המשרד בראשות המנכ"ל עם יו"ר דירקטוריון העותרת, בו עלתה בין היתר הבקשה האמורה ביחס לטווח הקצר. במסגרת הפגישה עמד המנכ"ל, בין היתר, על כך שכל האפשרויות ביחס לשאלת ההפרדה המבנית נבחנות במסגרת עבודת הצוות, וכך נמסר גם במסגרת דואר אלקטרוני מיום זה של יועץ בכיר למנכ"ל המשרד.

צילום דוא"ל מיום 7.11.18 מצורף ומסומן מש/26.

78. ביום 12.12.18 מסר מנכ"ל המשרד ליו"ר העותרת כי הדרג המקצועי במשרד דן בבקשת החברה לבצע שינוי במבנה המשפטי של החברות הבנות, וכי המשרד עתיד לצאת בשימוע בנושא, לשם קבלת התייחסויות הציבור.

צילום מכתב מנכ"ל המשרד מיום 12.12.18 מצורף ומסומן מש/27.

79. ביום 18.12.18 פרסם משרד התקשורת שימוע שעניינו "בקשתה של קבוצת בזק לשנות את המבנה המשפטי בחברות הבת של בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ", במסגרתו נמסר, בין היתר, כי המשרד שוקל האם ובאילו תנאים לאשר את בקשת העותרת לשינוי במבנה המשפטי בקבוצת בזק עוד בטרם הסתיימה הבחינה ביחס לכלל חובות ההפרדה המבנית בקבוצת בזק והוט והצורך בעדכון.

צילום הודעת השימוע מיום 18.12.18 צורף לעתירה כנספח 36.

80. ביום 27.12.18 פנה יו"ר העותרת במכתב למנכ"ל המשרד ומסר כי לאור חלוף הזמן מאז שהוגשה בקשתה לשינוי המבנה המשפטי בחברות הבת, ועל רקע השימוע הציבורי שפורסם והאמור בו, היא מושכת את בקשתה. ביום 2.1.19 הודיע המשרד לעותרת כי נוכח משיכת בקשתה הטיפול בנושא הופסק, והועברה לחברות התקשורת הודעה בעניין ביטול השימוע בנושא.

צילום מכתב יו"ר העותרת מיום 27.12.18 מצורף ומסומן מש/28.

צילומי הודעות מיום 2.1.19 מצורפים ומסומנים מש/29.

81. במקביל לכל האמור, ביום 15.11.18 העביר מנכ"ל העותרת מכתב בו ציין, בין היתר, כי לעמדת העותרת התנאים לביטול ההפרדה המבנית התקיימו זה מכבר וכי יש לבטלה לאלתר. בנוסף, ביום 16.12.18 פנו ב"כ העותרת לשר התקשורת בבקשה לבטל לאלתר את ההפרדה המבנית בקבוצת בזק.

צילום מכתב מנכ"ל העותרת מיום 15.11.18 (המכתב נושא בטעות את התאריך 5.11.18) מצורף ומסומן **מש/30**.

צילום מכתב ב"כ העותרת מיום 16.12.18 צורף לעתירה **כנספח 31**.

82. ביום 28.1.19 השיב מנכ"ל המשרד למכתב ב"כ העותרת תוך שנמסר, בין היתר, ביחס למסמך המדיניות ובחינת חובות ההפרדה המבנית הקיימות, כדלקמן:

2" (...) במסמך המדיניות קבע השר תנאים שונים ובכלל כך לעניין שינויים מבניים בקבוצות, להסרת חובות ומגבלות אשר קבועות כיום ברשימות לעניין הפרדה מבנית, והחלפתן בחובות אחרים. זאת ועוד, נקבע במסמך המדיניות שיש לבחון את מצבו באותה עת של השוק הסיטונאי והאם ביטולה של ההפרדה המבנית עלול לגרום לפגיעה ניכרת בתחרות או בעניינו של הציבורי (טעות במקור – הח"מ). **כלומר גם לו היו מתקיימים כל התנאים הקבועים במסמך המדיניות, השר נדרש להפעיל את שיקול דעתו באופן פרטני ולבחון את השפעת הדברים על התפתחות התחרות בשוק ועל הגשמת העניין הציבורי.**

3. **כפי שאפרט להלן, משרד התקשורת בוחן כעת את התפתחות התחרות בענף התקשורת כולו במסגרת בחינת חובות ההפרדה המבנית הקיימות אף שטרם התקיימו כל התנאים הקבועים במסמך המדיניות, וזאת נוכח התמורות הדינאמיות שחלו בשוק התקשורת מאז פרסום המסמך בשנת 2012.**

כן עמד המנכ"ל על הקמת הצוות לבחינת עדכון חובות ההפרדה המבנית בקבוצות בזק והוט והוסף וציין, כדלקמן:

5" לעניין קבוצת בזק הבחינה נעשית כיום בשים לב, בין היתר, למסמך המדיניות, לתמורות שחלו בשוק התקשורת מאז מועד הפרסום של מסמך המדיניות, לרבות רמת התחרות ומצב התשתיות, ולסקירה בינלאומית של מודלים שונים של חובות הפרדה מבנית בשוקי התקשורת בעולם והשוואתן לחובות הקיימות בישראל. עם סיום הבחינה הצוות צפוי להציג בפני השר את המלצותיו לעניין מתכונת האסדרה המוצעת לעדכון חובות ההפרדה המבנית, ולעניין התנאים השונים לשינויים, ככל שיימצא לנכון להמליץ עליהם. דברים אלה אף הוצגו לנושאי המשרה בקבוצת בזק בפגישותי עימם.

6. ...

7. מבלי להתייחס בעת הזו לכל טענותיכם השונות אציין כי במכתבכם בחרתם להתייחס לחלקים בלבד מתוך מסמך המדיניות תוך התעלמות מחלקים אחרים, ומהתנאים הקבועים בהם. **כזכור, החלטת השר דאז מיום 17 בנובמבר 2014 קבעה כי המועד להשקת השוק הסיטונאי יחול ביום 17 בפברואר 2015, כלומר לאחר שחלפו למעלה מ- 24 חודשים מיום פרסום מסמך המדיניות. על אף זאת בזק השיקה באופן חלקי בלבד את השוק הסיטונאי וגם השקה זו נעשתה רק לאחר שהמשרד התערב ונדרש לפעול לאכיפת הוראות החקיקה, הרישיון ותיקי השירות, ובכלל זה באמצעות הטלת עיצומים כספיים על הפרות בנושא זה שהביאו אף לפגיעה בתחרות ובשירות לציבור. יתרה מזאת, נכון למועד כתיבת מסמך זה, כארבע שנים לאחר השקת השוק הסיטונאי, חברת בזק טרם החלה לספק את שירות הטלפוניה הסיטונאי, וביום 27 בדצמבר 2018 אף הטלתי עליה עיצום כספי בשל כך.**

בנוסף, מנכ"ל המשרד דחה את טענת החברה כי מסמך המדיניות מהווה "התחייבות ברורה ומפורשת" מצד הממשלה לביטול ההפרדה המבנית בקבוצת בזק, ועמד על חשיבות בחינת הדברים ביחס למצבו הנוכחי של שוק התקשורת בשים לב לחלוף הזמן ממועד פרסום מסמך המדיניות, כדלקמן:

10. יתר על כן, בחלוף הזמן מאז פרסום המסמך, אין מנוס מלבחון את מדיניות המשרד ביחס למצבו הנוכחי של שוק התקשורת, היקף התחרות שבענפיו השונים, והתפתחויות טכנולוגיות ואחרות שאירעו מאז שנת 2012. שוק התקשורת הוא שוק דינאמי, ובהעדר בחינה מקצועית כזו – שהצורך בה מעוגן גם במסמך עצמו – בטרם קבלת החלטה שעשויה להשפיע על השוק באופן מהותי, המשרד יחטא לתפקידו.
 11. עבודת הצוות נמשכת גם בימים אלו ונבחנות החלופות השונות לצורך גיבוש המלצותיו והעברתן לשר התקשורת שימונה לאחר הבחירות לצורך עיון וקבלת החלטה חדשה."

צילום מכתב מנכ"ל המשרד מיום 28.1.19 צורף לעתירה **כנספח 32**.

83. ביום 14.2.19 הוגשה העתירה דנן.
84. בטרם סיום חלק זה, ולמען שלמות התמונה, יצוין כי ביום 13.2.19 פנה יו"ר העותרת, המכהן גם כיו"ר הדירקטוריון בשלוש חברות הבת מושאות עתירה זו (יס, בזק בינלאומי ופלאפון), לשר התקשורת בבקשות נפרדות מטעם חברות הבת לשנות את המבנה המשפטי שלהן כך שכל אחת מהן תתאגד כשותפות מוגבלת בבעלותה המלאה של העותרת, שתנוהל בנפרד בידי שותפים כלליים – חברות בת עתידיות שתקים העותרת ויהיו אף הן בבעלותה המלאה (ראו סעיף 139 לעתירה). בעניין זה התבקשה השלמת פרטים והתייחסות לסוגיות שונות שפורטו במכתב בטרם בחינת הבקשה. בהמשך התקבלו התייחסויות נוספות, ובקשות אלו עודן מצויות בבחינה.

עמדת המדינה

85. המדינה תטען כי דין העתירה להידחות - על הסף ולגופה - וזאת מהטעמים שיפורטו להלן.
86. **ראשית**, המדינה תטען כי דין העתירה להידחות על-הסף **מחמת היותה מוקדמת**, מאחר שהמדיניות הקבועה כיום במסמך המדיניות בקשר לחובת ההפרדה המבנית, נבחנת כיום במסגרת עבודת הצוות לבחינת עדכון חובת ההפרדה המבנית בקבוצות בזק והוט.
87. כפי שפורט לעיל, צוות בראשות מנכ"ל משרד התקשורת פועל מאז חודש יוני 2018 לבחינת עדכון חובת ההפרדה המבנית כאמור, וזאת לנוכח חלוף הזמן והשינויים שאירעו בשוק התקשורת, מצב התחרות ונסיבות השוק.
88. כאמור, הצוות מתכנס באופן עיתי, ולדיוניו הוזמנו גם נציגים מאגף תקציבים במשרד האוצר ומרשות התחרות. במהלך עבודתו נפגש הצוות עם חברות התקשורת המרכזיות - וביניהן העותרת - ושמע את עמדותיהן המפורטות ביחס לנושא.

89. הצוות בוחן באופן מקצועי, רחב ומעמיק ביותר את סוגיית ההפרדה המבנית, ונדרש למכלול הנתונים והשיקולים הצריכים לעניין. כאמור לעיל, הצוות נדרש, בין היתר, לפעולות השונות שנעשו בנושא ההפרדה המבנית, לרבות מטרותיה; לניתוח המצב התחרותי הנוכחי בשוק התקשורת; לביצועיה הפיננסיים של העותרת; לנתחי השוק וחלוקת הרווחים בשוק; להשוואה בין-לאומית; לחלופות שונות לעדכון חובת ההפרדה המבנית; ולהבחנה בין חובת ההפרדה המבנית אצל העותרת לבין חובת ההפרדה המבנית בקבוצת הוט.
90. כפי שצוין, בפני הצוות מונח מנעד רחב של חלופות - החל מביטול חובת ההפרדה, ועד לחיזוקה של מתכונת ההפרדה. בחינת הדברים נעשית בהתבסס על התשתית העובדתית הרחבה שמונחת בפני הצוות, ובין היתר ביחס למצבו הנוכחי של שוק התקשורת בשים לב למימושה של רפורמת השוק הסיטונאי והשלכותיה על תנאי השוק ורמת התחרות בו; התפתחויות טכנולוגיות מאז שנת 2012 (מועד הוצאת מסמך המדיניות); ועוד.
91. לאחר שתושלם בחינת הדברים, המלצות הצוות ביחס למתכונת ההפרדה המבנית יוגשו לשר התקשורת, לשם מתן החלטה בנושא.
- זאת כאמור, בשים לב לסדר העדיפויות המשרדי, ולכינונה של ממשלה חדשה ומינויו של שר תקשורת לאחר הבחירות לכנסת ה-22.
92. משאלה הם פני הדברים, המדינה תטען כי **אין כל מקום להידרש לסוגיית ההפרדה המבנית במסגרת העתירה שבכותרת, וזאת בעת שאותה סוגיה ממש נבחנת על-ידי הצוות המקצועי במשרד התקשורת.**
- תחת זאת, מהלך הדברים הטבעי והנכון הוא לאפשר את השלמת ההליך המקצועי שבו החל משרד התקשורת - אשר לו המומחיות בעניין זה - תוך בחינת הסוגיה על כל רבדיה, באופן מקצועי ומעמיק על-ידי גורמי המקצוע השונים הרלוונטיים לעניין.
93. לעניין זה, לא למותר לשוב ולציין כי **הצוות אף אפשר לעותרת להציג את עמדתה המלאה** לעניין חובת ההפרדה המבנית החלות עליה, והעותרת מימשה את האפשרות שניתנה לה והציגה את הדברים בישיבה שהתקיימה ביום 12.9.18 בסמוך לאחר שהתכנס הצוות לראשונה בראשות המנכ"ל הנוכחי. על כן, גם בעצם העובדה שעמדתה וטענותיה של העותרת נבחנות במסגרת עבודה הצוות, יש כדי ללמד כי אין כל מקום לכך שבית המשפט הנכבד יידרש עתה לטענות אלה, טרם השלמת ההליך המקצועי וטרם קבלת החלטה סופית בעניין.
94. בד בבד עם כך שהעתירה הוגשה בעיצומה של עבודת הצוות המקצועי, נוסיף כי **העתירה הוגשה שנים ארוכות לאחר שלטענת העותרת קמה לכאורה עילה לביטול ההפרדה המבנית.** לעניין זה, העותרת טוענת כי 'התנאי לביטול חובת ההפרדה המבנית בין בזק לבין yes התקיים לכל המאוחר באמצע שנת 2014' (סעיף 13א' לעתירה); כי שר התקשורת היה מחויב לשיטתה להורות על ביטול חובת ההפרדה המבנית בין בזק לבין בזק בינלאומי עד ליום 17.8.15 (סעיף 13ב' לעתירה); וכי גם התנאי לביטול חובת ההפרדה המבנית בין בזק לבין פלאפון התמלא לשיטתה זה מכבר (סעיף 13ג' לעתירה).

לאור כל זאת, לשיטת העותרת, 'שר התקשורת היה חייב לבטל את חובת הפרדה המבנית בקבוצת בזק כבר לפני שנים' (סעיף 14 לעתירה). מעבר לכך שאין ממש בטענות לגופן - ולכך נידרש בהמשך, בפירוט ובהרחבה - ממילא **בשים לב לטענותיה, לא ברור מדוע בחרה העותרת שלא להגיש את עתירתה כבר לפני מספר שנים.**

95. על כן, מקום בו העותרת הגישה את עתירתה בחלוף שנים מקרות האירועים הרלוונטיים לשיטתה; ומקום בו העותרת פנתה לבית המשפט הנכבד חודשים בודדים לאחר שהוחלט על הקמת צוות מקצועי לבחינת הסוגיה, בעת שהצוות עודו יושב על המדוכה, וכאשר במקביל הועברו למשרד בקשות שונות הנוגעות למבנה הקבוצה הנבחנות על-ידו; המדינה תטען כי גם בכך יש כדי ללמד כי אין כל מקום לדון ולהכריע בעתירה בעת הזו, ותחת זאת יש לאפשר לגורמי המקצוע להשלים את המלאכה בה החלו.

96. טעם נוסף לכך שאין כל מקום לדון ולהכריע בעתירה עתה - טרם השלמת ההליך המקצועי - נובע מכך **שהצוות המקצועי בוחן את הסוגיה דנן בהתאם לנתונים עדכניים**, בשים לב להתפתחות שוק התקשורת לאורך השנים והשלכותיה של רפורמת השוק הסיטונאי על תנאי השוק ורמת התחרות בו.

כאמור לעיל, שוק התקשורת הוא דינאמי ביותר, וחלו בו שינויים משמעותיים מאז ששר התקשורת פרסם את מסמך המדיניות בשנת 2012. משכך הדבר משרד התקשורת מצא לנכון לבחון ולעדכן את המדיניות הרצויה, וזאת בשים לב למדיניות הקיימת ולאופן יישומה, כמו גם להתפתחויות בשוק.

על כן, המשיב יטען כי **יש להשלים את הבחינה המקצועית על סמך הנתונים העדכניים ומצבו הנוכחי של שוק התקשורת, וזאת חלף בחינת הטענות בעתירה בנוגע למצב הדברים בשוק התקשורת אי אז בשנים 2014 ו-2015** (וממילא, כפי שיובהר בהמשך, אין בטענות אלה ממש).

97. לנוכח כל האמור, דינה של העתירה להידחות על-הסף בהיותה מוקדמת.

98. מעבר לכל האמור לעיל, המדינה תטען כי דין העתירה להידחות גם לגופה, בהיעדר כל עילה להתערבות שיפוטית.

נתייחס להלן לשני ראשי הטענות המרכזיים בעתירה, בעניין הסכם רגולטורי והתחייבות שלטונית.

דחיית העתירה לגופה - מסמך המדיניות והחלטת הממשלה אינם מהווים הסכם רגולטורי

99. המדינה תטען כי יש לדחות את טענת העותרת לפיה מסמך המדיניות והחלטת הממשלה 'מגבשים או משקפים הסכם רגולטורי המעגן התחייבות בעלת תוקף משפטי מחייב של המדינה כלפי בזק...'. (סעיף 183 לעתירה; פרקים ג.1.1.א.1 ו-ג.1.1.ב לעתירה).

100. העותרת מבקשת לבסס את טענותיה במישור זה על פסיקת בית המשפט הנכבד בבג"ץ 4374/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (ניתן ביום 27.3.16) (להלן: **עניין מתווה הגז**), תוך שהיא מפנה להתייחסויות שונות של שופטי ההרכב המורחב בפסק הדין ביחס להסכם רגולטורי או לרגולציה הסכמית.

101. **ראשית**, המדינה תטען כי מבלי להידרש כלל למוסד המשפטי של "חוזה רגולטורי" או "רגולציה הסכמית" - שדומה כי טרם נדון והוסדר באופן ממצה בפסיקתו של בית המשפט הנכבד - ממילא **בחינה של הנסיבות** שהובילו לגיבוש מסמך המדיניות והחלטת הממשלה דנן; כמו גם תוכן מסמך המדיניות עצמו כפי שיפורט להלן; ואמירותיו של בית המשפט הנכבד בעניין **מתווה הגז**, עליהן מבקשת העותרת להתבסס; מלמדת, בבירור, כי לא מדובר בעניינינו בחוזה רגולטורי, אלא בקביעת מדיניות רגולטורית על-ידי הגורם המוסמך לכך. לפיכך, הסכמה מצד בעל עניין שהוא גורם מפוקח כלל אינה רלוונטית לקביעת המדיניות. על כן, אמירות בית המשפט הנכבד בעניין **מתווה הגז**, עליהן מבקשת העותרת להתבסס כאמור, אינן רלוונטיות לעניינינו.

102. מכל מקום, עיון בפסק הדין בעניין **מתווה הגז** מלמד על השוני המובהק בין עניין מתווה הגז לבין עניינינו, אשר ממנו ניתן ללמוד, בבירור, כי מסמך המדיניות והחלטת הממשלה דנן שונים בתכלית מחוזה רגולטורי.

103. שכן, בעוד שבעניינינו עסקינן בקביעת כללים רגולטוריים מחייבים באופן חד-צדדי על-ידי משרד התקשורת - במסגרת מסמך המדיניות והחלטת הממשלה - הרי **שבעניין מתווה הגז** בית המשפט הנכבד שב וציין כי מדובר בהחלטה שהתקבלה לאחר משא ומתן בין המדינה לבין חברות הגז, תוך פשרות הדדיות מצד שני הצדדים.

לשם הבהרת הדברים, נבקש להפנות לחלקים הרלוונטיים בפסק הדין **בעניין מתווה הגז** - לפי סדרם בפסק הדין - אשר מדברים בעד עצמם. כך קבע כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין בפסק הדין:

"כ. ... נוסף עוד, שלאורך בחינת התיק עמדה לנגד עינינו העובדה כי אין עסקינן בקבלת החלטה מינהלית "נקייה", אלא בהחלטה שהיא תוצר של משא ומתן עם חברות הגז. משא ומתן, מטבע הדברים, מחייב התפשרות של כל אחד מן הצדדים, ואינו מאפשר מקסום אופטימלי של התועלות על ידי כל אחד מהם. יפים לכך דברי השופטת - כתארה אז - נאור בבג"ץ 4999/03 התנועה לאיכות השלטון נ' ראש הממשלה (2006) בפסקה 5 לפסק דינה: "בעשיית פשרה ובקביעת ה'מחיר' אין להתעלם משיקולים מעשיים ובהם יכולתו המשפטית של הצד האחר לגרום 'צרות'. לפשרה (הדרך ההסכמית) יתרון של ודאות (או ודאות יחסית)" ... נזכיר, כי לא אנו ניהלנו את המשא ומתן, ואין לנו סיבות להניח כי העוסקים במלאכה לא פעלו נאמנה ולמען הציבור וצרכי המדינה לפי הבנתם. השאלה היא תקפות המתווה במישור המשפטי."

כך קבע כב' השופט (כתוארו אז) ג'ובראן בפסק הדין:

"8. ... בעתירות שלפנינו, דברים אלו מקבלים משנה תוקף, באשר עסקינן באסדרה מוסכמת בין המדינה לבין חברות הגז. יוזכר, כי מתווה הגז כולו הוא תוצר של משא ומתן בין צוות קנדל לבין חברות הגז, תוך פשרות הדדיות מצד הצדדים למשא ומתן זה - מאפיין המקנה למתווה הגז אופי הסכמי מעין-חוזי מובהק. אסדרה מוסכמת זו, ככל מערכת הסכמית, מבוססת על מערכת איזונים פנימית בין האינטרסים של הצדדים לה. משכך, יש לבחון את המערכת ההסכמית כמכלול, ולא בהתאם להוראות הספציפיות המרכיבות אותה ... אמנם, בסופו של יום, המתווה עוגן כהחלטת ממשלה ולא כהסכם בין הצדדים, אך לטעמי, אופיו ההסכמי משפיע על הצורך להשקיף על מתווה הגז כהסדר אחד ולבחון את מידת ראשוניותו בהתאם."

כך קבע כב' השופט סולברג בפסק הדין :

4. הנושא שעל הפרק מעלה במלוא תוקפה את שאלת היחס המשפטי לרגולציה ההסכמית. בימים עברו, התרכזה האסדרה בהוראת המאסדר או בהנחייתו לגופים המוסדריים; בימינו אלה, שבהם עוסקת הרגולציה בהיקף רחב ביותר של הפעילות הכלכלית במדינה, עולה וגוברת ההכרה שלפיה במצבים רבים אין די בשוט המצווה; הרגולטור זקוק ל'ארגז כלים' מפותח יותר לצורך קידום מטרותיו ולייעול מלאכתו. במסגרת זו משמשת הרגולציה ההסכמית, על שלל שמותיה וריבוי אופניה, כלי עבודה מרכזי של הרגולטור המודרני ... בניגוד לרגולציה המסורתית, הפועלת באמצעות הציווי והשליטה, מתבססת הרגולציה ההסכמית על קיומן של הבנות בין הצדדים הנוגעים בדבר. שינוי זה בדרך עבודתם של רגולטורים מעלה שאלות משפטיות חשובות ומגוונות; הדין בהן עודנו בחיתוליו ...

5. הרגולציה ההסכמית, יש דורשים אותה לשבח ויש דורשים אותה לגנאי; היא טומנת בחובה יתרונות וחסרונות כאחד, סיכויים וסיכונים, אך היא עובדה קיימת ... כאמור, התפיסה שבבסיס חלק מן החוזים הרגולטוריים מצויה במתח אל מול עקרונות יסוד של המשפט המנהלי. לעתים, במסגרת ההסכמה המתגבשת כובלת הרשות את שיקול דעתה לתקופת זמן, בניגוד לכלל האוסר עליה לעשות זאת; לפרקים, יוצרת ההסכמה המתגבשת הסדר שכמוהו כהסדר ראשוני, מבלי שיש לרגולטור הסמכה בחקיקה ראשית לשם כך. ...

6. ניתן לאהוד את הרגולציה ההסכמית, ניתן להסתייג ממנה, אך לדעתי ברור שבעניין שלפנינו כלי זה נחוץ ביותר עבור הרגולטור. כאן, לא היה מועיל לה, לממשלה, להשתמש בכוחה הכופה והמצווה, בבחינת: אלו ואלו התנאים להפקת גז טבעי, כל הרוצה ליטול יבוא ויטול. זאת, משום שבמצב כזה התוצאה הצפויה היא שאין איש בא ונוטל כלל ועיקר. לאו כל אדם ראוי ומסוגל להפקת גז טבעי, ומעט המועמדים הראליים לכך צפויים לבחור בהשקעה בפרוייקטים בעלי סביבה רגולטורית נוחה יותר, באם ציוויה של המדינה יעמוד להם לרועץ. בעניין שלפנינו סבורה הממשלה כי ההסכמה היתה נחוצה, בלעדיה לא יצא הפרוייקט אל הפועל, ובחירתה לצעוד בדרך הרגולציה ההסכמית מצויה בליבת שיקול הדעת המנהלי המסור לה.

7. מכל מקום, וכפי שציין חברי (פסקה כ), מטבע הדברים מקום שבו נדרשת הסכמה, נאלצת המדינה להתחשב גם ברצונותיו של הצד האחר לשולחן המשא ומתן. כדי להגיע להסכמה, ביקשו חברות הגז להיות סמוכות ובטוחות שהסביבה הרגולטורית לא תשתנה; הממשלה הסכימה לכך, וכבלה את שיקול דעתה בנוגע לביצוע שינויי חקיקה, לפרק זמן ארוך של עד עשר שנים. ...

וכך קבעה כב' השופטת (כתוארה אז) חיות בפסק הדין :

2. טרם שאדרש להוראות הכבילה ולקושי הרב שהן מעוררות, מן הראוי להקדים ולבחון מהי התבנית המשפטית שעל פיה ניתן להגדיר את המתווה. האכסניה הפורמאלית אשר בה מעוגן המתווה היא כאמור החלטת ממשלה. אכסניה זו משמיעה לנו כי מדובר, לכאורה, בהחלטה מינהלית מובהקת. ואולם, עיון בנוסח ההחלטה מגלה מיד כי אין מדובר בהחלטת ממשלה במתכונת המוכרת של החלטות מסוג זה. המתווה שבו עוסקת החלטת הממשלה מורכב למעשה מאוסף של הוראות הנוגעות להיבטים רגולטוריים שונים בתחום משק הגז הטבעי, לצד התחייבויות של חברות הגז ללוחות זמנים, להיקפי השקעות, לפיתוח ולהסדרים מבניים, הכל כמפורט במתווה. שילוב זה שבין הוראות אסדרה ובין התחייבויות של תאגידים מסחריים בתחום שאליו נוגעות הוראות אלה, נושא סממנים מובהקים של "חוזה רגולטורי" שהינו תופעה משפטית חדשה יחסית אשר אותרה לראשונה בארצות הברית בשלהי שנות התשעים של המאה הקודמת, ככלי המבסס הוראות רגולטוריות בתחומים שונים על יחסים חוזיים. אחד הסממנים הבולטים של החוזה הרגולטורי בהבדל מחוזים שלטוניים אחרים, הוא זהות הצדדים לחוזה - "חוזה רגולטורי נערך בין רשות מנהלית בכובעה כרגולטור, לבין תאגיד פרטי (להבדיל מן הפרט)" ... התבנית

המשפטית של החוזה הרגולטורי הינה במידה רבה תולדה של האתגרים הניצבים בפני הרשויות בעידן המודרני בשל מורכבות הרגולציה הנדרשת בתחומים שונים, לרבות ואולי בעיקר בשווקים מפותחים וחופשיים המגבירים את הצורך ברגולציה מפקחת. על רקע זה התפתחו מודלים חדשים של הסדרה מנהלית ובהם רגולציה המבוססת על שיתוף פעולה עם גורמים פרטיים המעוגנת בחוזים. אחד היתרונות הטמונים במודל רגולטורי כזה הוא השגת שיתוף פעולה מרצון מצד הגורמים המפוקחים אשר, מצדם, עשויים להפיק תועלת מפעילות המתואמת עם הגורם המפקח, בהבדל מהוראות כופות המעוצבות והנקבעות על-ידו באופן חד צדדי. ואולם, מודל החוזה הרגולטורי מעורר שאלות רבות בהיבטים משפטיים וציבוריים כאחד העשויות להשליך, בין היתר, גם על היקף הביקורת השיפוטית שיש להחיל לגבי מודל רגולטורי כזה ...

3. אחת השאלות המרכזיות המתעוררות בהקשר זה נוגעת לכבילת שיקול הדעת של הרגולטור. חוזה רגולטורי נוגע מעצם טיבו להפעלת הכוח הרגולטורי של הגורם המפקח, וחוזה הנוצר כתוצאה ממשא ומתן ותיאום בינו ובין הגורם המפוקח עשוי לכלול וריאציות שונות של התחייבויות מצד הגורם המפקח בתמורה להתחייבויות הניתנות על ידי הגורם המפוקח, באופן הכובל את שיקול דעתו של הגורם המפקח ויוצר קיפאון רגולטורי...

מעיון בנוסח המתווה נגלים, כאמור, סממני החוזה הרגולטורי שהינם תוצאה של משא ומתן שהתקיים בין חברות הגז, המשיבות בעתירות שבפנינו, ובין הצוות בראשותו של פרופסור יוג'ין קנדל שניהל את עבודת המטה הבין-משרדית במחצית הראשונה של שנת 2015, שבסופה הגיעו הצדדים להסכמות וגובשה טיוטת המתווה שהובאה לאישור הממשלה. זאת לאחר שהוכנסו בה תיקונים כאלה ואחרים בעקבות השימוע הציבורי ובעקבות הערותיה של נגידת בנק ישראל. בטיעוניה ציינה המדינה כי "עבודת המטה הבין-משרדית ... [ש]כללה דיונים משותפים של גורמי הממשלה הרלוונטיים, וביניהם, משרד האוצר, משרד האנרגיה, המועצה הלאומית לכלכלה, רשות ההגבלים העסקיים, משרד המשפטים ובחלקים הרלוונטיים גם רשות החשמל" (פסקה 141 לתגובת המדינה). עוד מציינת המדינה כי "עבודת המטה כללה גם את שמיעת עמדות החברות והתדיינות מולן" (שם). מסמך נוסף המלמד על כך שהמתווה מתאפיין בסממנים של חוזה רגולטורי והינו במידה רבה תולדה של משא ומתן בין חברות הגז ובין נציגי הגורמים הרגולטוריים הרלוונטיים, הוא מכתבו של ראש הממשלה וממלא מקום שר הכלכלה מיום 17.12.2015 אל יו"ר ועדת הכלכלה, חבר הכנסת איתן כבל, בו צוין בפסקה 19 כי:

"כפי שהסברתי לחברי הוועדה, אין מדובר בהסדר אידיאלי. הוא מבוסס על הסכמה עם בעלי החזקות ולכן לא ניתן היה להשיג את כל התנאים ששאפנו אליהם. אולם, בעיתוי הנוכחי ועל בסיס הנתונים הקיימים מדובר לדעתי במתווה הכרחי" ...

מן החומר שהוצג בפנינו במסגרת העתירות עולה עוד כי ההתדיינות בין חברות הגז ובין הגורמים הרגולטוריים שביצעו את עבודת המטה הנ"ל, באה לאחר מגעים ממושכים שהתקיימו בין הממונה על ההגבלים העסקיים ובין חברות הגז שנועדו להגיע לנוסח של צו מוסכם על פי סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים או החוק). מגעים אלה החלו לאחר שהממונה הודיע ביום 6.9.2011 כי הוא שוקל להכריז על נובל, דלק קידוחים, אבנר ורציו כצדדים להסדר כובל במאגר לויתן והם הסתיימו בלא כלום ביום 23.12.2014 לאחר שבעקבות שימוע ציבורי שאותו קיים באשר לנוסח הצו המוסכם, החליט הממונה שלא להגיש את טיוטת הצו המוסכם לאישור בית הדין ולהשלים את הליך האכיפה במסלול של פרסום קביעה בדבר קיומו של הסדר כובל. על ההשלכות שהיו להתנהלותו זו של הממונה על תנאי המתווה שעליו הוחלט לבסוף

אעמוד בהמשך הדברים, אך בשלב זה וככל שעסקינן בסממני החוזה הרגולטורי של המתווה, ראוי להזכיר כי טיוטת הצו המוסכם שהוזכר לעיל שימש, במידה כזו או אחרת, מסד לעבודת המטה שעליה הופקד הצוות בראשותו של פרופסור קנדל. טיוטה זו מתאפיינת אף היא בסממנים של חוזה רגולטורי שכן צו מוסכם מעצם טיבו כרוך בהתחייבות של הממונה ההגבלים העסקיים להפעיל או להימנע מהפעלה של סמכות רגולטורית על בסיס הסכמות המושגות בינו ובין הגורם המפוקח (ידין, בעמ' 68).

4. הנה כי כן, המתווה בו עסקינן אינו משתייך באופן מוחלט לתבנית משפטית אחת ובפנינו למעשה שילוב של תבניות משפטיות. הוא אושר בהחלטת ממשלה המאגדת את מכלול ההיבטים הרגולטוריים שדרשו התייחסות באותו שלב וחלק מן ההוראות הרלוונטיות בהקשר זה אף נוסח באופן התואם את מודל האסדרה המסורתית הכופה והחד צדדי (ראו, למשל, סעיף ג.4). במובן זה ניתן לסווגו כהבטחה מנהלית וכך אף בחרה המדינה ובחרו חברות הגז לסווגו בדיון בפנינו. אלא שלאורך המתווה קיימות הוראות לא מעטות המנוסחות כתנאים בהסכם שהינם תולדה של מפגש רצונות בין הגורמים הרגולטוריים ובין חברות הגז (ראו, למשל, סעיף ה.2; פרק ט'), ומהיבט זה מתאפיין המתווה בסממנים של חוזה רגולטורי.

104. הנה כי כן, במסגרת פסק הדין בעניין מתווה הגז, בהתייחסו להסכם רגולטורי (או רגולציה הסכמית), בית המשפט הנכבד התייחס לקיומו של משא ומתן בין המדינה לבין הגורם הפרטי; לפשרות הדדיות מצד הצדדים, ללא מקסום אופטימלי של התועלות על ידי כל אחד מהצדדים; לכך שללא הסכמת הגורם המפוקח, הפרויקט לא היה יוצא לפועל; לשיתוף פעולה מרצון של הגורם המפוקח, אשר מפיק תועלת מהתיאום עם הגורם המפוקח, בשונה מהוראות רגולטוריות כופות וחד צדדיות; ועוד.

ואולם, אלה הם אינם פני הדברים בענייננו.

105. בענייננו, מסמך המדיניות והחלטת הממשלה אינם תוצר של משא ומתן בין העותרת לבין המשרד או ממשלת ישראל, וממילא לא התקיים כל משא ומתן בין הצדדים. כמו כן, לא גובשו הסכמות, פשרות או התחייבויות בין הצדדים, והעותרת לא התחייבה לנקוט פעולה כלשהי או להימנע מנקיטתה.

106. מטבע הדברים, במסגרת ההליך המקצועי ארוך השנים שקדם לקביעת מדיניות השר - הליך אשר פורט בהרחבה לעיל - התאפשר גם לעותרת להביע את עמדותיה בסוגיות השונות, כחלק מגיבוש עמדת המשרד והשר בעניין. ואולם, ברי כי בכך שהעותרת הציגה את עמדתה בסוגיה דנן, אין כדי ללמד כי ההחלטה הסופית שהתקבלה היא תוצר של הסכמה בין הצדדים.

107. תחת זאת, עסקינן במהלך של קביעת מדיניות שר התקשורת, שלשם יישומה נקבעו הוראות אסדרה שונות - בתום הליך מקצועי ארוך שנים - בהתאם להמלצות דרגי המקצוע במשרד, ולאחר הליך מינהלי סדור שכלל שימועים רבים. השר בחן את מכלול השיקולים והנתונים הצריכים לעניין, ובהתאם לשיקול הדעת הרחב המסור לו בעניינים כגון דא, קבע את מדיניות המשרד בעניין.

זאת, בהתאם גם לאופן קביעת אסדרה שונה אחרת בתחום התקשורת, כמו גם בתחומים אחרים על-ידי מאסדרים שונים, הנקבעת על-ידי השר באמצעות הפעלת סמכויותיו לפי חוק התקשורת ומכוחו, אשר על בעלי הרישיונות לפעול לפיהם; וזאת, ללא תלות במידת "הסכמתם" של הגורמים המפוקחים לכללי האסדרה החלים עליהם.

אשר על כן, בעוד **שבעניין מתווה הגז** בית המשפט הנכבד שב והתייחס לכך שההחלטה הסופית התקבלה לאחר משא ומתן והסכמות שונות בין הצדדים, ברי כי זהו אינו המצב בענייננו. **די בכך כדי לדחות את טענות העותרת במישור זה.**

108. בהמשך לכל האמור בדבר הנסיבות שהובילו לגיבוש מסמך המדיניות והחלטת הממשלה, יובהר כי אין ממש גם בטענות העותרת בעניין 'הדינאמיקה' בוועדת חייק (סעיפים 180-182 לעתירה).
109. כאמור לעיל, ועדת חייק היא ועדה ציבורית אשר מונתה על-ידי השר ושר האוצר לבחינת מבנה תעריפי בזק ועדכונם ולקביעת תעריפי שירותים סיטונאיים בתחום התקשורת הנייחת, ובהמשך בחנה גם את חובת ההפרדה המבנית בקבוצות בעלות התשתית. למען הסר ספק, הוועדה לא הוסמכה ליתן כל התחייבות בשם המדינה, לנהל משא ומתן בשם המדינה או לגבש הסכמות מול גורם כזה או אחר; ובוודאי לא לקבוע מדיניות ממשלתית או כללי אסדרה ליישומה, וממילא לא עשתה כן.
110. במסגרת כתב המינוי לוועדה נקבע בין היתר כי הוועדה תזמן את נציגי העותרת, ובהתאם לכך נציגי העותרת אכן נשמעו כחלק מהליכי שיתוף הציבור. בהמשך, הגישה הוועדה את המלצותיה לשרים, תוך שדוח הוועדה כלל גם חוות דעת מיעוט, אשר סייגה את ההמלצה לביטול ההפרדה המבנית אצל העותרת. במסגרת מסמך המדיניות אימץ השר את עיקרי המלצותיה של ועדת חייק, אך לא במלואן, ובפרט ביחס למועדים ולתנאים שבעמדת הרוב ביחס לביטול חובת ההפרדה המבנית.
111. אף אם לשיטת העותרת התנהלותה של ועדת חייק 'נעשתה מתוך אסטרטגיה מובהקת של גיבוש הסכמות' (סעיף 181 לעתירה), ואף אם העותרת 'שיתפה פעולה' עם הוועדה, ברי כי אין בכך כדי לעלות כדי המאפיינים של חוזה רגולטורי בין המדינה לבין העותרת, כפי שעמד בית המשפט הנכבד בעניין **מתווה הגז**.
- שוב ונדגיש כי בין העותרת לבין המדינה לא התקיים כל משא ומתן, ומסמך המדיניות והחלטת הממשלה אינם תוצר של הסכמות או פשרות שאליהן הגיעו הצדדים. לפיכך, גם במישור זה טענות העותרת אינן מגלות כל עילה להתערבות שיפוטית.
112. **שנית**, ומעבר לכל האמור לעיל בדבר הנסיבות שהביאו לקביעת מסמך המדיניות, המדינה טוען כי גם **לשונו של מסמך המדיניות** מלמדת כי לא מדובר כלל בסממנים של חוזה רגולטורי המבטא הסכמות כלשהן בין הצדדים.
- כך, בעוד שהעותרת טוענת כי מסמך המדיניות 'מעגן התחייבות ברורה ומפורשת של המדינה כלפי בעלי התשתיות הנייחות, ובאופן ספציפי כלפי בזק, לביטול חובת ההפרדה המבנית בתנאים שהוגדרו בו... בלשון נחרצת' (סעיף 169 לעתירה), די בעיון במסמך עצמו כדי להבין כי אין ממש בטענות העותרת.
113. מסמך המדיניות כולל מנעד של אפשרויות ביחס לחובת ההפרדה המבנית, בהתאם לאופן התפתחות השוק הסיטונאי ומצב התחרות בשוק. זאת, החל מביטול ההפרדה המבנית תוך המרתה בהפרדה חשבונאית (סעיף 11 למסמך) - בכפוף למצבו באותה העת של השוק הסיטונאי, ולבחינה האם ביטול ההפרדה המבנית עלול לגרום לפגיעה ניכרת בתחרות או בענייניו של הציבור - וכלה באמצעי "הפוך", אשר יביא לרמה מחמירה יותר של הפרדה מבנית מהקיים כיום (בסעיף 15 למסמך; כמפורט לעיל).

114. מסמך המדיניות אינו מעגן כל התחייבות כלפי העותרת, ותחת זאת מותיר לשר שיקול דעת רחב לבחינת מצב השוק הסיטונאי והתחרות, בטרם יפעל לביטול ההפרדה המבנית. במסגרת מסמך המדיניות אף לא מעוגנות התחייבויות מצדה של העותרת - לפעולות או ללוחות זמנים - אשר עשויות ללמד כי עסקינן בחוזה רגולטורי, כטענת העותרת.

אמנם, **אפשרות** ביטול חובת ההפרדה טומנת בחובה הקלה רגולטורית פוטנציאלית עבור בעלות התשתית, אולם ברי כי בכך לא די ללמד כי מדובר בחוזה רגולטורי.

115. על כן, מעבר לכל האמור לעיל בדבר **הנסיבות** שהביאו לגיבוש מסמך המדיניות, גם **נוסחו של המסמך** מלמד כי השר לא התחייב כלפי החברות הפועלות בשוק התקשורת בצורה הכוללת סממנים של חוזה רגולטורי, או עולה כדי הבטחה שלטונית כפי שיורחב בהמשך; ותחת זאת הותיר לעצמו שיקול דעת רחב לבחון את מצב השוק והתחרות בהמשך.

מעבר לכך, כמתואר לעיל בהרחבה - וכפי שיצוין גם בהמשך - בחינה של הדברים לגופם מעלה כי העותרת ממילא לא "שיתפה פעולה" עם משרד התקשורת ביישום רפורמת השוק הסיטונאי מראשיתה, הפרה את כללי האסדרה שנקבעו לשם יישומה, ואף פעלה במטרה לעכב את קידום פיתוח התחרות בשוק התקשורת הנייחת.

116. להשלמת הדברים, יובהר כי גם החלטת הממשלה מס' 157 היא חד צדדית באופייה ונטולת סממנים של הסכם רגולטורי. החלטת הממשלה הטילה על השר, בין היתר, לעשות כל הנדרש על מנת ליישם את מדיניותו - כפי שבאה לידי ביטוי במסמך המדיניות - ולפעול לתיקון חוק התקשורת. על כן, גם החלטה זו שונה בתכלית מסממניו של חוזה רגולטורי, כפי שעלו במסגרת פסק הדין בעניין **מתווה הגז**.

דחיית העתירה לגופה - מסמך המדיניות והחלטת הממשלה אינם מהווים הבטחה שלטונית

117. המדינה תטען כי יש לדחות גם את טענתה החלופית של העותרת, לפיה אף אם ימצא כי מסמך המדיניות והחלטת הממשלה אינם עולים כדי הסכם או מעין הסכם רגולטורי, הרי שלא יכול להיות חולק כי מדובר בהבטחה שלטונית שניתנה לבזק' (סעיף 184 לעתירה). כפי שיובהר להלן, גם בטענה זו אין ממש.

118. לעניין ההלכה בדבר הבטחה מינהלית, זו נקבעה בבג"ץ 135/75 **סאי טקס קורפורייב בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה**, פ"ד (1) 673 (1975). **בעניין מתווה הגז** סיכם כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין את התנאים המצטברים להשתכללותה של הבטחה מינהלית, כדלקמן:

"קיא. בהמשך נתחמה ההלכה ונקבעו גדרותיה, וכיום ניתן לראות הבטחה מינהלית כתקפה ואת הרשות כמחויבת לקיימה, אם עומדת היא בחמשת התנאים המצטברים הבאים: **ראשית, ההבטחה ניתנה בסמכות; שנית, הייתה כוונה ליתן הבטחה בעלת תוקף משפטי; שלישית, ההבטחה מפורשת; רביעית, היא בת ביצוע; חמישית, אין צידוק חוקי לשנות את ההבטחה או לבטלה** (בג"צ 594/78 אומן מפעלי סריגה בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות, פ"ד לב(3) 474, 469 (1978); בג"צ 142/86 "דישון" כפר שיתופי להתיישבות חקלאית נ' שר החקלאות, פ"ד מ(4) 523, 528-530 (1986); בג"צ 585/01 קלכמן נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נח(1) 694, 706-707 (2003); וראו גם אלכס שטיין "הבטחה מינהלית" משפטים י"ד 270, 255 (תשמ"ה))."

119. **ראשית**, נשוב ונדגיש, כי מסמך המדיניות, כשמו כן הוא, **'מסמך מדיניות' בו התווה השר את מדיניותו** ביחס להרחבת התחרות בתחום התקשורת הנייחת ופיתוח של "שוק סיטונאי" בתחום זה, שבהמשך "יתורגמה" לכללי אסדרה בחקיקה, תקנות, רישיונות או הוראות מינהל אחרות. גם החלטת הממשלה קבעה כי מדובר במסמך הקובע מדיניות הדרושה יישום, בהחלטתה "להטיל על שר התקשורת לעשות כל הנדרש על מנת ליישם את מדיניותו כפי שבאה לידי ביטוי ב"מסמך המדיניות בנושא הרחבת התחרות בתחום התקשורת הנייחת – שוק סיטונאי" מיום 2 במאי 2012 ...".

ככלל, הכרזה על מדיניות אינה מהווה כשלעצמה הבטחה שלטונית, ושימור חופש הפעולה הנתון לרשויות המוסמכות, ובפרט בתחום דינאמי ומתפתח כשוק התקשורת, הוא יסוד מרכזי בפעולת רשויות המינהל. בעניין זה, השוו, למשל, לאמור בבג"ץ 8013/10 **המועצה האזורית אשכול נ' ראש הממשלה** (ניתן ביום 8.8.11), שם נדחתה טענה להתחייבות שלטונית במסגרת החלטת ממשלה, תוך שנקבע, בין היתר, כדלקמן:

9. בבחינת השאלה אם מדובר בהבטחה מינהלית, יש לתת את הדעת גם לתוכנה של ההתחייבות הנטענת ולמסגרת שבה ניתנה. **תוכנית המיגון שעליה הצהירה הממשלה, כמו גם נציגיה בהזדמנויות שונות היא בבחינת מדיניות ממשלתית, אשר נשענת על נתונים מקצועיים של גורמים בעלי מומחיות ומתקבלת לפי שיקול דעתם של הגורמים המוסמכים. מעצם טבעה ותלותה בתנאי רקע משתנים לא ניתן להתחייב מראש לדבוק במדיניות שנקבעה על כל פרטיה, יהיו אשר יהיו הנסיבות החיצוניות.** ואכן, מתוך חובתה המתמדת של הרשות המינהלית להפעיל את שיקול דעתה ולבחון את הצורך בהפעלת סמכותה בהקשרים שונים (ראו בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983); דפנה ברק-אר זמשפט מינהלי 203-201 (2010)) נגזר גם הכלל כי אין הרשות המינהלית רשאית להצר מראש את סמכותה או להגביל את יכולתה לשנות את מדיניותה לעתיד לבוא (ראו בג"צ 594/78 אומן נ' שר התעשייה, פ"ד לב(3) 469 (1978)), שכן בכך תחטא לתפקידה הציבורי.

כלל זה אף משליך על המשקל שיינתן לטענת הפרט כי הסתמך על מדיניותה המוצהרת של הממשלה. כפי שנקבע עוד מקדמת דנא "לא יישמע אדם בטענה ששם מבטחו בהסדר הקיים ושעל סמך זה קיבל על עצמו התחייבויות. אין ביטול כזה אלא צרת הרבים, ולזה, כנראה כל אחד חייב להיות מוכן" (בג"צ 298/70 ה' ג' פולק בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כה(2) 3 (1971); בג"צ 198/82 מוניץ נ' בנק ישראל, פ"ד לו(3) 466, 470 (1982); בג"צ 6268/00 קיבוץ החותרים אגודה שיתופית חקלאית רשומה נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(5) 639, 658 (2001)). הלכה זו, שעליה חזר בית משפט זה פעמים רבות בעיקר בהקשרים הנוגעים למדיניותה של הרשות בעניינים כלכליים, נכונה אף במשנה תוקף כשעסקינן בנושאים ביטחוניים ומבצעיים, המצויים בלב ליבה של סמכות הרשות המבצעת במדינה דמוקרטית (ראו והשוו: בג"צ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר, פסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה (לא פורסם, 19.11.2009)). אשר על-כן, כשעסקינן בשאלות רחבות של מדיניות, אשר אינן מופנות כלפי אדם או קבוצה פרטניים, אלא עומדות בגרעין שיקול הדעת של הרשות, אין לקבל את טענת העותרים כי הוצהר על המדיניות מתוך כוונה ליתן לה תוקף משפטי מחייב, המגבילה במידה רבה את היכולת להשתחרר ממנה או לשנותה."

וראו גם את האמור בבג"ץ 6951/17 **אפיקי מים אגודה שיתופית חקלאית נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב** (ניתן ביום 3.4.19), כדלקמן:

31. (...) יש להבחין בין טענה להסתמכות על מדיניות לבין הבטחה שלטונית, ובדרך כלל, "הכרזה על מדיניות אינה מהווה, כשלעצמה, הבטחה מינהלית" (ברק-ארז, בעמ' 320). לפיכך, רשות שלטונית נהנית מסמכות רחבה לשנות מדיניות כללית, ואילו יכולתה לחזור בה מהבטחה שניתנה לפרט כפופה למגבלות חמורות יותר, בהתאם לנסיבות. (...)

ראו והשוו גם: בג"ץ 900/06 **אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' שר התיירות** (ניתן ביום 22.8.06).

120. הנה כי כן, לעמדת המדינה, כבר מעצם מהותו של מסמך מדיניות כ'מסמך מדיניות', יש כדי להביא לדחיית טענת העותרת בעניין זה.

121. **שנית, לשונו הברורה** של מסמך המדיניות מלמדת כי אין מדובר בהבטחה מינהלית. כך, בענייננו, עיון במסמך המדיניות מלמד כי תנאיו נוסחו באופן מסויג, וכי רמת המסוימות שלו אינה משכללת הבטחה מינהלית. כדי שלא להאריך שלא לצורך - ומאחר שהדברים מדברים בעד עצמם - נבקש לשוב ולהפנות לחלקים הרלוונטיים במסמך המדיניות, כדלקמן:

11. בתוך 9 חודשים מפרסום הצעת המדף, כמתואר לעיל, יורה שר התקשורת על ביטול הפרדה המבנית בין ספק תשתיות שהציע הצעה כאמור לבין ספקי השיחות הבין-לאומיות וספקי שירותי האינטרנט (ISP), בעלי זיקה אליו, באופן שחברת בזק למשל תורשה להציע ללקוחותיה חבילות לא פריקות של כל שירותיה (שיחות מקומיות ובין-לאומיות, שירותי פס רחב ושירותי גישה לאינטרנט (ISP)). **זאת, למעט אם ראה השר כי במצבו באותה עת של השוק הסיטונאי, ביטול ההפרדה המבנית עלול לגרום לפגיעה ניכרת בתחרות או בענייניו של הציבור.** ההפרדה המבנית כאמור, **ככל שתבוטל**, תומר בהפרדה חשבונאית, במתכונת שתקבע על ידי השר.

12. המשרד **יקבע מדדים או תנאים** לפיהם יהיה שר התקשורת **רשאי לקבוע כי מידת התפתחותו של השוק הסיטונאי ומידת התפתחותה של התחרות** המבוססת על סלי שירותים משותפים, המשלבים שירותים ניחים ושירותים ניידים במגזר הפרטי, **מאפשרת מתן הקלות בתחום ההפרדה המבנית שבין ספק תשתיות לבין מפעיל רט"ן בעל זיקה אליו, או ביטולה תוך המרתה בדרישה להפרדה חשבונאית.**

13. קבע שר התקשורת כי **התפתחות השוק הסיטונאי ומידת התפתחותה של התחרות** המבוססת על סלי שירותים משותפים, המשלבים שירותים ניחים ושירותים ניידים במגזר הפרטי, מאפשרים זאת, **ישקול השר** ביטול ההפרדה המבנית בין ספק התשתיות לבין מפעיל רט"ן בעלי זיקה אליו.

14. שר התקשורת **יבחן** את נושא הפריקות של שירותי השידור הטלוויזיוני, הכלולים בסלי שירותים משותפים, הכוללים גם שירותי בזק (ניידים או ניחים) או שירותי גישה רחבת הפס.

ביטול ההפרדה המבנית בין ספקי התשתיות לבין תחום הטלוויזיה הרב ערוצית **יעשה בהינתן אפשרות סבירה** לספק חבילת שידורי טלוויזיה בסיסית באמצעות רשת האינטרנט על ידי ספקים חסרי תשתית ניחת כלל ארצית.

15. **אם לא יתפתח השוק הסיטונאי באופן תקין וראוי** על פי מדדים שייקבעו לכך, תוך 24 חודשים מיום פרסום מסמך מדיניות זה, יפעל השר לביצוע הפרדה מבנית בין התשתית של בעל רישיון מפ"א כללי לבין השירותים הניתנים על ידו ללקוחות הקצה. "...

122. כך, לשון המסמך נוקטת במונחים כגון "למעט אם ראה השר כי", "ככל שתבוטל", "שר התקשורת רשאי לקבוע כי", "ישקול השר", "שר התקשורת יבחן", "אם לא יתפתח השוק הסיטונאי באופן תקין וראוי" – המלמדים ומבהירים כי לשר נתון שיקול דעת רחב ביישום מדיניותו ובבואו לבחון את מצב השוק הסיטונאי והתחרות ולהחליט בסוגיית ההפרדה המבנית.

וידגש, כי גם במקרה בו נוקט המסמך בלשון "יורה שר התקשורת" (בסעיף 11), הדבר מסויג באופן ברור בסייג לפיו של "למעט אם ראה השר כי במצבו באותה עת של השוק הסיטונאי, ביטול ההפרדה המבנית עלול לגרום לפגיעה ניכרת בתחרות או בענייניו של הציבור", אשר לבטח מותר בידי השר שיקול דעת רחב ביותר.

123. מעבר לאמור, כעולה מן המסמך, ביטול חובת ההפרדה המבנית כפוף להתקיימותם של תנאים עתידיים, אשר חלקם תלוי בביצוען של פעולות על ידי הגורמים המפוקחים, וחלקם כאמור סייגים הנוגעים להתפתחותו של שוק סיטונאי, ולאפשרות שתיגרם פגיעה בתחרות או בעניינו של הציבור. למעשה, העיקרון של התפתחותו של השוק הסיטונאי והתפתחות התחרות בשוק עובר כחוט השני בתנאי המסמך כולו.

לא למותר להוסיף ולציין, בהקשר זה, כי גם החלטת הממשלה בה נקבע כי "שר התקשורת ייערך לביטול ההפרדות המבניות", סייגה זאת **"בהתאם לאמור במסמך המדיניות"**.

124. הנה כי כן, **הוראות מסמך המדיניות מדברות בעד עצמן**. בניגוד לטענות העותרת, מסמך המדיניות אינו כובל את שיקול דעתו של השר ולא מחייב אותו לבטל את ההפרדה המבנית.

125. **שלישית**, הדבר עולה גם **מתכליתו** של מסמך המדיניות. כך, מסמך המדיניות מגלם תפיסה רחבה ואינטגרטיבית של שוק התקשורת על ענפיו השונים, בדגש על ענף התקשורת הנייחת, תוך שהתפתחות השוק סיטונאי ואפשרות ביטול חובת ההפרדה המבנית בענפים השונים של שוק התקשורת הנזכרים במסמך כרוכים זה בזה ואינם עומדים במנותק.

כך, למשל, מסמך המדיניות כולל מנעד של אפשרויות ביחס לחובת ההפרדה המבנית, בהתאם לאופן התפתחות השוק הסיטונאי ומצב התחרות בשוק. זאת, החל מביטול ההפרדה המבנית תוך המרתה בהפרדה חשבונאית (סעיף 11), בכפוף למצבו באותה העת של השוק הסיטונאי ולבחינה האם ביטול ההפרדה המבנית עלול לגרום לפגיעה ניכרת בתחרות או בעניינו של הציבור, וכלה באמצעי "הפוך" שנועד ליתן מענה למצב בו לא יתפתח שוק סיטונאי באופן תקין וראוי תוך 24 חודשים מיום פרסום מסמך המדיניות, בו תבוצע הפרדה מבנית בין התשתית של בעל רישיון המפ"א לבין השירותים הניתנים על ידו ללקוחות הקצה; קרי, הפרדה בין כלל השירותים הקמעונאיים שמספקת העותרת, לבין שירותי התשתית המסופקים על ידה. יודגש כי הוראה כללית זו בסעיף 15 למסמך המדיניות מופיעה גם בסעיף 22 להחלטת הממשלה שקבעה גם כן, כי "שר התקשורת יהיה רשאי לקבוע הוראות בדבר ביצוע הפרדה מבנית בין שירותי תשתית של מפעיל פנים-ארצי לבין השירותים הניתנים על ידו ללקוחות הקצה".

126. הגיונם של הדברים ברור. כך, כפי שפורט לעיל, תכליתן של הוראות ההפרדה המבנית בקבוצת בזק הייתה קידום תחרות בענפיו השונים של שוק התקשורת (סלולר, שיחות לחו"ל, שירות גישה לאינטרנט ושידורים), באמצעות הטלת מגבלות על העותרת, לאור עוצמתה ומעמדה המונופוליסטי במגזר התקשורת הנייחת. תכליתה של אסדרת השוק הסיטונאי היא לקדם תחרות במגזר התקשורת הנייחת עצמו, ואספקת שירותים סיטונאיים, בתנאים המאפשרים פיתוח תחרות ואספקת כלל שירותי התקשורת על ידי ספקי שירותים שאינם בעלי זיקה לבעלות התשתית, מקטינה את הצורך בקיומה של הפרדה מבנית ומאפשרת לשקול המרתה במתכונת אסדרתית אחרת – כך שהזיקה בין הדברים ברורה.

לפיכך, מסמך המדיניות משקף כאמור מתווה תחרותי כולל, המביא בחשבון את יישום השוק הסיטונאי ואת המצב התחרותי ויחסי הכוחות במגזרי הפעילות השונים בשוק התקשורת. התפתחותו של שוק סיטונאי פעיל, הפועל באורח תקין **בכל רבדיו**, היא הנדבך הבסיסי, המרכזי והמהותי במסמך המדיניות, והתפתחות תחרות על בסיסו מהווה תנאי מקדמי מהותי לבחינת כל שינוי או הקלה במתכונת ההפרדה המבנית הנוכחית.

127. כאמור לעיל, כבר במסגרת תגובתה לעתירת העותרת בבג"ץ 8976/14 מיום 18.3.15 עמדה המדינה על כך שביטול ההפרדה המבנית כרוך בהתקדמות כינונו של השוק הסיטונאי ופיתוח התחרות, ונתון לשיקול דעתם של הגורמים המוסמכים במשרד התקשורת (בסעיף 41 לעיל). וראו גם דבריהם בעניין זה, של היועצת המשפטית למשרד התקשורת וסמנכ"ל מינהל וכלכלה במשרד בדיון בוועדת הכלכלה בכנסת בעניין תיקון 57 לחוק התקשורת (בעמ' 5-8 לפרוטוקול הדיון מיום 9.7.13).

צילום העמודים הרלוונטיים מתוך פרוטוקול הדיון בוועדת הכלכלה מיום 9.7.13 מצורף ומסומן כנספח מש/31.

128. הנה כי כן, בהתאם גם לעולה מן המסמך, מידת יישומה של רפורמת השוק הסיטונאי, כמו גם ביטול חובת ההפרדה המבנית, תיבחן כאמור בשים לב לכלל השירותים הכלולים ברפורמה ולהשפעתם על התחרות בכל אחד מן הענפים הרלוונטיים. זאת, כפי שנעשה כאמור על-ידי הצוות הייעודי היושב על המדוכה בעניין זה.

בהתאם, גם דין טענותיה של העותרת בדבר התחייבות שלטונית פרטנית ביחס לביטול ההפרדה המבנית בתחומים הפרטניים השונים – להידחות.

129. נוכח כל האמור, המדינה תטען כי לא ניתנה לעותרת (או לכל גורם אחר) כל הבטחה בדבר ביטול ההפרדה המבנית - לא כל שכן הבטחה ברורה, מפורשת, חד משמעית וכל כוונה להקנות לדברים תוקף משפטי מחייב, כנדרש לפי הפסיקה לשם הכרה בהבטחה מינהלית – וברי כי מסמך המדיניות הותיר שיקול דעת רחב לשר ביחס להערכת מצב התחרות בשוק, כתנאי לביטול ההפרדה המבנית.

בהקשר לכך, ראו למשל את פסק דינו של בית המשפט הנכבד מהעת האחרונה בבג"ץ 2969/19 **התאחדות משרדי הנסיעות ויועצי התיירות בישראל נ' הממונה על רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון** (ניתן ביום 16.7.19), אשר בין היתר קבע כדלקמן:

10. בנוסף, הטענה בדבר קיומה של "הבטחה מנהלית" – לדחיית מועד כניסתו לתוקף של החוזר עד ליום 20.7.2019 או עד לסיומם של הליכי החקיקה – אין לה כדי להועיל לעותרת בנסיבות העניין. על הטוען לקיומה של הבטחה מינהלית להוכיח באופן ברור כי מדובר בהבטחה מפורשת, ברורה וחד-משמעית "ולא מוטלת בספק, כנדרש מהתחייבות משפטית שאינה בגדר הצהרת כוונות גרידא" (בג"ץ 585/01 קלכמן נ' ראש המטה הכללי, רב אלוף שאול מופז, פ"ד נח(1) 694, 706 (2003); ע"א 3781/07 אליהו נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה פתח תקווה), פורסם בנבו [פסקה 24 (31.5.2009)]. די במקרה זה בכך שלא הוכח התנאי המקדמי, בדבר הבטחה מפורשת ברורה וחד-משמעית. אף אם נעשו מאמצים משותפים לקידום הצעת חוק לתיקון הוראות החוק, אין במאמצים אלה או בטיוטת חוזר שפורסמה ובמסגרתה הוצע לדחות את מועד כניסתו לתוקף של חוזר שיווק ומכירה, כדי להוות "הבטחה" מפורשת כאמור. לא זו אף זו, אף אם היו מתמלאים התנאים לקיומה של הבטחה מנהלית, מה שאין כן כלל בענייננו, הרי שרשות יכולה לסגת מהבטחתה בהינתן צידוק חוקי לעשות כן או "טעם עניני סביר" המצדיקים חזרה מן הבטחה ...".

וכן ראו והשוו לקביעותיו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 495 (1999), כדלקמן:

"נבחן אפוא את השאלה אם סעיף ג' סיפה להחלטה עומד בתנאים האמורים. על-אף לשון הציווי שננקטה בו, עולה מנוסחו של הסעיף ומהשתלבותו בהחלטה כולה, כי אין הוא משקף יצירת התחייבות אופרטיבית בעלת תוקף מחייב, ואין להבינו ככזה; הסעיף מכפיף את כל האמור בו לביצוען העתידי של "תכניות הבראה" שיגובשו לקרנות, תכניות אשר בעת קבלת ההחלטה טרם באו כלל לעולם, אלא הוטל על שר האוצר לגבשן "במסגרת יכולתו של המשק הלאומי". מהאמור במבוא להחלטה עולה כי ההחלטה מהווה "שלב ביניים" בלבד בתהליך מתמשך של גיבוש "מדיניות פנסיונית כוללת", אשר על שר האוצר, בשיתוף עם שרת העבודה והרווחה, הוטל להמשיך ולגבש את עקרונותיה (סעיף ו' להחלטה). נוסח סעיף ג' עצמו מאופיין בכלליות, ללא כל פירוט או קונקרטיזציה ביחס לקרנות השונות, לחובותיהן או ללוחות הזמנים לביצוע. אפיונים אלה מצביעים על כך שאין בפנינו התחייבות מפורשת או ברורה שנועדה ליצור יחסים משפטיים מחייבים; יש להבין חלק זה של ההחלטה כהבטחה כללית ומותנית, שטרם התגבשה לכדי התחייבות בעלת תוקף משפטי מחייב, שיכול צד ג' לדרוש את מימושה בבית-המשפט ...".

130. אשר על כן, ברי כי מסמך המדיניות אינו מהווה הבטחה שלטונית, בהתאם למבחנים השונים שנקבעו בפסיקה.

המסמך מתווה את מדיניות המשרד וקובע שורה של עקרונות המנוסחים בכלליות, לפיהם בהתקיים תנאים מסוימים תבוטל חובת ההפרדה המבנית ותוחלף בהפרדה חשבונאית, ובהתקיים תנאים אחרים – תועמק. מסמך המדיניות רצוף תנאים – אשר מידת פירוטם מוגבלת – המצריכים פעולות המשך מצד גורמים שונים, הן מצד המשרד – ולראייה, לשם יישומו היה צורך בתיקוני חקיקה, שימועים, תיקוני רישיונות, קביעת תקנות וכו' - והן מצד הגורמים המפוקחים על ידו; תנאים בדבר התפתחות טכנולוגית; ותנאים לפיהם מצבו של שוק התקשורת – מבחינת היבטי התחרות והתפתחות השוק הסיטונאי – לא יעורר חשש לפגיעה ניכרת בתחרות או בציבור. המסמך אף מכיל סייגים ותנאים לקידום ביטול חובת ההפרדה.

על כן, גם במישור זה אין ממש בטענות העותרת ודין להידחות.

131. מכל מקום, והרבה למעלה מן הנדרש, המדינה תטען כי אין ממש בטענת העותרת כי התנאים לביטול חובת ההפרדה המבנית התמלאו לכאורה זה מכבר וכי אי-ביטול ההפרדה המבנית מלמד על 'גרירת רגליים' ועל 'סחבת' שאינה כדין, העולות גם כדי "התחמקות מנהלית" (סעיף 205 לעתירה).

132. כך, כמוסבר לעיל, לעמדת המדינה, התנאי המרכזי אשר שורה על המסמך כולו נוגע להתפתחותו ומימושו של השוק הסיטונאי ולהתפתחות התחרות בשוק, והוא כרוך כאמור בבחינת ביטול ההפרדות המבניות.

133. דא עקא, בענייננו, בניגוד לטענות העותרת וכאמור לעיל, רפורמת השוק הסיטונאי – כפי שהותוותה במסמך המדיניות וכפי שנקבעה בהוראות האסדרה השונות בעקבותיו – לא מומשה במלואה, במתכונת ובמועדים שעוגנו בתיקוני הרישיון ובתיקי השירות השונים, ונדבכים מרכזיים של שירות הטלפונים הסיטונאי גישה לתשתיות פסיביות יושמו באיחור רב ובאופן חלקי, אם בכלל.

כמפורט לעיל, חלק מהרפורמה יושם כאשר סופק השירות של תשתית אינטרנט רחבת-פס, וגם זאת חרף קשיים שהערימה העותרת בנושא זה ולאחר התערבות רבה מצד המשרד, לרבות נקיטת פעולות פיקוח והליך אכיפה מנהלי של הטלת עיצום כספי. **אולם**, בכל הנוגע לנדבכים מרכזיים של הרפורמה כגון שירות של טלפוניה סיטונאית, העותרת אינה מעניקה שירות זה במתכונת שנקבעה בתיק השירות לפני למעלה מארבע שנים, וגם בעניין זה ננקט נגדה הליך אכיפה והטלת עיצום כספי. כך, גם בכל הנוגע ליישום השירות הסיטונאי של גישה לתשתיות פסיביות – שכאמור חשיבותו רבה במיוחד שכן הוא שמאפשר פריסת תשתית עצמאית של ספקיות השירות על כל המשתמע מכך – העותרת הערימה קשיים רבים ובמשך תקופה ארוכה לא סיפקה את השירות במתכונת מלאה, כנדרש לפי הוראות תיק השירות בעניין זה; תוך שפגעה ביכולתם של ספקי השירותים לעשות שימוש בתשתית זו לשם פריסת תשתית התקשורת שלהן, ותוך פגיעה בתחרות בגינה גם הושת על העותרת עיצום כספי לאחרונה על-ידי הממונה על התחרות.

זאת ועוד, כאמור לעיל, יישומה החלקי והמאוחר של רפורמת השוק הסיטונאי על-ידי העותרת אפשר לה לשמור על מעמדה הדומיננטי בשוק התקשורת הנייחת גם לאחר שינויים אלה, בעוד שהתפתחות התחרות והאינטרס הציבורי נפגעו.

134. בהקשר זה, נשוב ונציין את עמדתו המקצועית של המשרד, כפי שהובאה לעיל במכתבו של מנכ"ל המשרד מיום 28.1.19, לפיה "בחלוף הזמן מאז פרסום המסמך, אין מנוס מלבחון את מדיניות המשרד ביחס למצבו הנוכחי של שוק התקשורת, היקף התחרות שבענפיו השונים, והתפתחויות טכנולוגיות ואחרות שאירעו מאז שנת 2012. שוק התקשורת הוא שוק דינאמי, ובהעדר בחינה מקצועית כזו – שהצורך בה מעוגן גם במסמך עצמו – בטרם קבלת החלטה שעשויה להשפיע על השוק באופן מהותי, המשרד יחטא לתפקידו."

135. מעבר לכל האמור, נשוב ונדגיש כי בניגוד למצג העולה מהעתירה, גם לאחר שנקבעו הוראות האסדרה, העותרת הערימה קשיים רבים על יישומה; לא שיתפה פעולה כנדרש עם המשרד; הפרה הוראות שונות ביחס לשירותים השונים שנכללו בגדרי הרפורמה; ובגין כך ננקטו נגדה הליכי אכיפה והושתו עליה עיצומים כספיים. כאמור לעיל, חלק מהשירותים שנכללו ברפורמת השוק הסיטונאי ניתנו רק לאחר התערבות חוזרת ונשנית מצד המשרד, תוך השקעת משאבים רבה מצדו; וחלק מהשירותים הסיטונאיים עדיין אינם ניתנים על-ידי העותרת, במתכונת שנקבעה בתיקי השירות שעוגנו ברישיונה.

כדי שלא להאריך שלא לצורך, נבקש לשוב ולהפנות לכל האמור לעיל, בדבר השתלשלות האירועים לאחר פרסום מסמך המדיניות והחלטת הממשלה.

136. לעמדת המדינה, די בכל האמור לעיל להביא לדחייתה של העתירה על-הסף ולגופה. נתייחס להלן, ובתמצית, לעיקרי הטענות הנוספות בעתירה.

דחיית העתירה לגופה - היעדר כל עילה להתערבות שיפוטית

137. המדינה תטען, כי גם יתר טענותיה של העותרת אינן מגלות כל עילה להתערבות שיפוטית, ודין להידחות. כפי שיפורט להלן.
138. **ראשית**, העותרת מוסיפה וטוענת כי השתהותו לכאורה של משרד התקשורת היא בקיום החלטה 'שעל-פי הוראותיה היא נטולת שיקול-דעת לגבי ביצועה (למעט בהקשרים הקונקרטיים שבהן צוין אחרת)' (סעיף 209 לעתירה).
- ואולם, כפי שפורט בהרחבה לעיל, מסמך המדיניות הותיר לשר **שיקול דעת רחב** לבחון את מצב השוק הסיטונאי והתחרות, בטרם יפעל לביטול ההפרדה המבנית, ולא כבל את שיקול דעתו וחייבו לבטל את ההפרדה המבנית.
139. על כן, ברי כי אין גם ממש בטענות העותרת בדבר סחבת וגרירת רגליים מצד המדינה. יתרה מכך, לא רק שאין ממש בטענות העותרת כי אי-ביטול ההפרדה המבנית נובע מהתנהלות המשרד, אלא שדווקא התנהלותה של העותרת היא זו שהביאה לעיכוב בקידום הרפורמה בשוק הסיטונאי והתחרות בשוק התקשורת, וזאת בניגוד להוראות שנקבעו במסמך המדיניות. לפיכך, ברי כי גם בטענות אלה אין כדי לחייב את המשיב לבטל את חובת ההפרדה המבנית, כפי שמבקשת העותרת.
140. **שנית**, המדינה תטען כי יש לדחות על-הסף את טענת העותרת בדבר חשש כי ביסוד התנהלות המדינה עומדים **שיקולים זרים** (סעיף 211 לעתירה).
141. טענת העותרת בדבר חשש משקילת שיקולים זרים **נעדרת כל ביסוס עובדתי**. תחת זאת העותרת מפנה לכך שנמסר לה כי משרד התקשורת בוחן את סוגיית ההפרדה המבנית באמצעות צוות ייעודי, בעוד שלשיטתה היה מקום לבטל את חובת ההפרדה המבנית זה מכבר. התייחסנו לדברים בהרחבה לעיל, והראינו כי בקשת העותרת לחייב את המדינה לבטל את חובת ההפרדה המבנית – לאור מסמך המדיניות והחלטת הממשלה – נעדרת כל עילה המצדיקה התערבות שיפוטית.
142. ברי כי בכך שמשרד התקשורת הקים צוות לבחינת עדכון חובת ההפרדה המבנית כאמור – לנוכח חלוף הזמן והשינויים שאירעו בשוק התקשורת, מצב התחרות ונסיבות השוק – אין כדי לבסס טענה לחשש משקילת שיקולים זרים. בהיעדר כל תשתית עובדתית לביסוס טענת העותרת בדבר שקילת שיקולים זרים, דין הטענה להידחות על-הסף.
- לעניין זה, ראו למשל את שנקבע בפסק הדין בבג"ץ 43/16 **תנועת אומ"ץ נ' ממשלת ישראל** (ניתן ביום 1.3.16), כדלקמן:

52. גם לא מצאתי ממש בטענות בדבר שקילת שיקולים זרים מצד שרת המשפטים והיות ההחלטה פרסונאלית. עוד אשוב לסוגיית השיקולים הזרים בהמשך, אך אציין כבר עתה כי לא מצאתי שטענות אלה זכו לתשתית עובדתית מבוססת הנדרשת על מנת לקבלן. טענות חמורות אלה אל להן להיטען בעלמא, ועליהן להיות מגובות במסד ראיתי משמעותי."

וכן ראו למשל את שנקבע בפסק הדין בבג"ץ 8938/11 "All For Peace" חברה לתועלת הציבור נ' שר התקשורת (ניתן ביום 24.2.15) (להלן: עניין All For Peace), כדלקמן:

44. לטענת העותרת, ההחלטה, מושא העתירה, מבטאת שינוי קיצוני במדיניות שנקט משרד התקשורת כלפי העותרת (ותחנות אחרות כדוגמתה), לאחר תקופה ממושכת שבגדרה התאפשר לה לשר, מבלי שהיא נדרשה לחדול מכך. לשיטתה – שיקולים פוליטיים, זרים, הם שעמדו בבסיס השינוי. אמנם, היותו של שר התקשורת הגורם הממונה על ביצועם ואכיפתם של דיני התקשורת בישראל עלול להקים חשש מובנה כי בהחלטותיו בתחום זה עשויים להיות מעורבים גם שיקולים פוליטיים ... אלא שטענה קונקרטי מסוג זה צריכה להיתמך בתשתית עובדתית נאותה, כדי שניתן יהיה לבחון אותה – וכזו לא הוצגה בפנינו. לעומת זאת, ההסבר שניתן על-ידי המשיב להחלטתו לדרוש מהעותרת להפסיק את שידוריה, בסמוך לאחר שהתקבלה תלונה מאת מפעיל של תחנת רדיו אזורי, המשדר מכוח זכיון שהוענק לו כדין – מניח את הדעת."

143. שלישית, המדינה תטען כי אין ממש גם בטענה בדבר פגיעה באינטרס ההסתמכות של העותרת (פרק ג.3 ב. לעתירה), וגם במישור זה טענות העותרת אינן מגלות כל עילה להתערבות.

144. תחילה, נציין כי לעותרת, ככל אדם או תאגיד, אין כל זכות קנויה לכל שמדיניות רגולטורית שמשליכה על ענייננו תיוותר על כנה או תשונה באופן שמיטיב עימו (וראו, למשל, מיני רבים, בג"ץ 4746/92 g.p.s. agro exports l.t.d נ' שר החקלאות, מח (5) 243 (1993); בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל (ניתן ביום 15.8.12)); וממילא לא כל הסתמכות של פרט על פעולתה של רשות מזכה בהגנה, אלא רק הסתמכות סבירה בנסיבות העניין. לעניין זה ראו למשל את פסק דינו של בית המשפט הנכבד מהעת האחרונה בבג"ץ 4374/18 עמותת אלנהדה לחינוך ומורשת במשולש הצפוני נ' משרד החינוך (ניתן ביום 28.5.19), כדלקמן:

"הסתמכות

19. ... אינטרס ההסתמכות זוכה להגנה משפטית רק כאשר ההסתמכות הייתה סבירה בנסיבות העניין (בג"ץ 8371/09 דורון נ' שר הפנים, בפסקה 16 (7.7.2010); דפנה ברק ארז משפט מינהלי כרך א 396 (2010)), ובענייננו לא מדובר בהסתמכות סבירה. המועצה המקומית אינה הרשות המוסמכת בכל הנוגע לבקשת התמיכה ואף אינה נוטלת חלק בקבלת ההחלטות בעניין. לכן, אין לתמיכתה כל תוקף ביחס למשיבים, ולא היה מקום להסתמך עליה. גם ההסתמכות על התקנות אינה סבירה בנסיבות העניין. התקנות מקנות לשר שיקול דעת רחב, ואין מקום לנסות ולשער מראש מה תהיה עמדתו ולהסתמך על כך.

20. אין ממש גם בטענת העותרת כי השיהוי במתן ההחלטה הגביר את ההסתמכותה. חלוף הזמן, גם אם מוטב היה להימנע ממנו, אינו מהווה כל אינדיקציה לתוכן ההחלטה. ... "

145. בענייננו, העותרת טוענת כי הסתמכה 'על מסמך המדיניות ועל החלטת הממשלה ובפרט על ההתחייבות המעוגנת בהם לגבי ביטול חובת הפרדה המבנית בבזק, בוודאי בשים לב לנסיבות ולאופן הנחרץ והברור שבו דבר ביטול חובת הפרדה המבנית ומתכונת הביטול עוגנו בהם' (סעיף 225 לעתירה). בפועל, טענות העותרת במישור זה חופפות במידה רבה לטענותיה שלעיל בדבר הבטחה שלטונית לכאורה לביטול הפרדה המבנית.

146. בשים לב לכך, אין למדינה אלא לשוב ולהפנות ללשונו של מסמך המדיניות, אשר תנאיו נוסחו באופן מסויג, ואשר במסגרתו הובהר כאמור כי ביטול חובת הפרדה המבנית כפוף להתקיימותם של תנאים עתידיים, תוך אי-כבילת שיקול דעתו של השר.

כך, בעוד שהעותרת טוענת כי הסתמכותה הייתה 'בלתי נמנעת' ובין היתר נשענה על כך שמדובר בהתחייבות 'מפורשת וברורה, פומבית...' (סעיף 229 לעתירה), הרי שבשום מקום במסמך המדיניות לא נקבע כי חובת הפרדה המבנית תבוטל בהכרח, ותחת זאת צוין שוב ושוב כי הדברים כפופים לבחינה ונתונים לשיקול דעת.

כאמור לעיל, מקום בו לכל היותר נקבע כי חובת הפרדה המבנית תבוטל 'למעט אם ראה השר כי במצבו באותה עת של השוק הסיטונאי, ביטול הפרדה המבנית עלול לגרום לפגיעה ניכרת בתחרות או בענייניו של הציבור' – בעניין הפרדה ביחס לספקי השיחות הבינלאומיות וספקי שירותי האינטרנט – ברי כי לא מדובר בהתחייבות ברורה ומפורשת.

147. לא זו אף זו: בענייננו נשוב ונדגיש, כפי שהובא בסעיף 41 לעיל, כי עוד בתגובתה לעתירתה של העותרת בבג"ץ 8976/14 **מיום 18.3.15** בעניין כניסתה לתוקף של רפורמת השוק הסיטונאי, עמדה המדינה כאמור על כך שביטול הפרדה המבנית כרוך בהתקדמות כינונו של השוק הסיטונאי ופיתוח התחרות, ונתון לשיקול דעתם של הגורמים המוסמכים במשרד התקשורת. גם בכך יש כדי לשמוט את הקרקע תחת טענת ההסתמכות של העותרת.

כן נשוב ונזכיר, כי חרף האמור וחרף כך שלטענת העותרת התנאים לביטול חובת הפרדה המבנית התמלאו כבר לפני מספר שנים, העותרת לא פנתה והגישה עתירה לבית המשפט הנכבד במשך שנים אלו.

148. על כן, מאחר שלא ניתנה לעותרת, או לכל גורם אחר, כל התחייבות בדבר ביטול הפרדה המבנית – וכאמור, הדברים עולים בבירור ממסמך המדיניות – ברי כי יש לדחות גם את טענות העותרת בדבר פגיעה באינטרס ההסתמכות. לנוכח הוראותיו המפורשות של מסמך המדיניות, הרי שהסתמכות על ביטול חובת הפרדה המבנית אינה סבירה בנסיבות העניין, ואינה יכולה לזכות את העותרת בסעד המבוקש על-ידה.

149. **רביעית**, המדינה טוען כי אין ממש בטענה בדבר חוסר **סבירות או מידתיות** בהתנהלות המשרד (פרק ג.3.ד לעתירה), וכי גם במישור זה דין טענות העותרת להידחות.

150. טרם נתייחס לגופם של דברים, יצוין כי נקודת המוצא לענייננו היא כי למשרד התקשורת ולשר מסור שיקול דעת רחב לצורך אסדרת שוק התקשורת, וזאת בין היתר לנוכח מקצועיותם ומומחיותם בתחום של גורמי המשרד. בהקשר לכך, בית המשפט הנכבד אף עמד בעבר על חשיבות אסדרת שוק התקשורת, בין היתר לצורך שמירה על האינטרס הציבורי, מניעת ריכוזיות בשוק וחתירה לרמת מחירים נמוכה יותר.

לעניין זה, ראו, למשל, החלטת בית המשפט הנכבד מיום 25.3.15 בתום הדיון בעתירתה של העותרת בבג"ץ 8976/14 בעניין רפורמת השוק הסיטונאי עצמה, כדלקמן:

ב. כשלעצמנו איננו נוטים לקבלת הטענות המשפטיות, בין השאר שכן על פרשנות הדין בסוגיה זו לתמוך בתכלית החקיקה במבט על, קרי, שיפור השירות לציבור והתחרות, כהכרעה אסטרטגית. לכן גם איננו סבורים, למשל, כי תחום הטלפוניה אינו צריך להיות חלק מן המערך הכולל של הרפורמה.

151. עוד יצוין כי מעבר לכך שלמשרד התקשורת מקצועיות ומומחיות בסוגיות כגון דא, מעורבים בדבר שיקולים שונים של מדיניות ציבורית-כלכלית, אשר המשרד נדרש לפעול להגשמתם. משכך הדבר, המדינה תטען כי היקף ההתערבות השיפוטית בעניינים שכאלה - המערבים מומחיות ומקצועיות של גורם המקצוע הרלוונטי, לטובת אסדרה של תחום מורכב כשוק התקשורת - הוא מצומצם ביותר.

בהקשר לכך ראו והשוו למשל לאמור בפסק הדין בעניין All For Peace, כדלקמן:

18. במסגרת העתירה שלפנינו יש, איפוא, לבחון האם ההחלטה המינהלית התקבלה מתוקף סמכות המוקנית למשיב בחוק, או על פיו, בהליך ראוי והוגן, על בסיס תשתית ראייתית מספקת, ועל יסוד שיקולים ענייניים – ולא על יסוד שיקולים זרים, או שרירותיים. בנוסף, יש לבדוק האם ההחלטה המינהלית סבירה, הוגנת ומידתית, לגופה (ראו למשל: בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 34-35 (1983)). **כידוע, במסגרת הבחינה האמורה יימנע בית משפט זה, בדרך כלל, מלהתערב בהחלטות המתקבלות על ידי הרשות המינהלית המוסמכת, אשר בידיה מכלול הנתונים המקצועיים הרלוונטיים – ולא ישים עצמו בנעליה שלה.** **בנוסף, בחינת סבירותה של ההחלטה המינהלית תלויה, כידוע, בגבולותיו של "מתחם הסבירות". החלטה מינהלית תיחשב כלא-סבירה רק אם היא חורגת, באופן קיצוני, ממתחם הסבירות ...**

לא מיותר לציין כבר עתה כי בענייננו מדובר בהחלטה של גורם מפקח (רגולטור) בעניין הנתון תחת השגחתו, אשר דורש מקצועיות, ומעורבים בו שיקולים של מדיניות ציבורית-כלכלית, ושאלות של "צדק חלוקתי" ביחס למשאב ציבורי מוגבל. בהחלטה המינהלית, מושא העתירה שבפנינו, מעורבים גם שיקולים הקשורים ביחסים הביטראליים של מדינת ישראל עם שכנותיה, ואף בריבונותה של המדינה, במובן הרחב של מונח זה. בהחלטות מינהליות כגון דא, המתייחסות לעניין הטעון רישיון – אשר אין לפרט זכות קנויה בו – מתחם שיקול הדעת המינהלי הוא, ככלל, רחב, וכפועל יוצא מכך "מתחם ההתערבות" השיפוטית בשיקול דעת זה הוא צר ונשמר למקרים חריגים, שבהם הרגולטור חרג באופן קיצוני מאמות המידה המשפטיות, או כאשר הפגיעה בפרט, או באינטרס הציבורי הכללי עליו מופקד הרגולטור – הינה מהותית ...

וראו גם את שנקבע בפסק הדין בעתירת העותרת בבג"ץ 8976/14, כדלקמן:

ג. העותרת עודה טוענת, כי התעריפים שקבעו המשיבים בתקנות התקשורת (בזק ושידורים) (שימוש ברשת בזק של מפ"א), תשע"ה-2014, אינם סבירים. לפיכך, השאלה שעמדה בפנינו היא סבירות התעריפים שנקבעו על-ידי המשיבים; וכנודע, חוסר סבירות היא עילה משפטית לביקורת על החלטות של רשות מינהלית. ואולם, בית המשפט יתערב ככלל, רק כאשר ההחלטה שהתקבלה לוקה בחוסר סבירות ברמה ממשית ואף קיצונית. הדבר נכון ביתר שאת כשעסקינן בחקיקת משנה, בה יתערב בית המשפט רק במקרים בהם מתגלה במובהק אי סבירות מהותית או קיצונית, וכאשר לא ניתן לתקן את אי הסבירות באופן אחר (ראו בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' משרד הרווחה (2014)). **בית המשפט גם אינו מפעיל שיקול דעת עצמאי במקום הרשות, אלא מפעיל ביקורת שיפוטית על שיקול-דעתה.**

ד. האם החלטת המשיבים בנוגע לתעריפים לוקה בפגם משפטי של חוסר סבירות שיש בו כדי לבטלם? לאחר עיון בעתירה ובנספחים, ושמייעת טענות הצדדים, לא מצאנו כי עלה בידי העותרת להראות שהחלטת המשיבים מגלה חוסר סבירות מן הסוג המצדיק התערבות, גם אם יתכן וכוח לגיטימי במיוחד בשאלת נקודות הייחוס כלפי מדינות אחרות. המחלוקת בין הצדדים היא בעיקרה כלכלית-מקצועית, וכידוע, במקרים מסוג זה יוחל מבחן הסבירות ביתר איפוק. כפי שציין השופט – כתארו אז – אור באחת הפרשות: "כשמדובר בעניין מורכב המחייב הכרעות רב-תחומיות שבמומחיות, ייטה בית המשפט שלא להתערב בהכרעת הרשות, המעוגנת בחוות-דעת מקצועית, אף אם קיימות חוות דעת המגיעות למסקנות מנוגדות" (בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 20, 2 (1996); וראו, בנושא דומה מאוד לעתירה דנא, בג"ץ 6406/00 בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד נח(1) 433 (2001)).

152. בעניינו, ההחלטה אם להורות על ביטול חובת הפרדה המבנית מצויה בלב ליבו של שיקול הדעת

הרחב המסור למשרד ולשר. מדובר בסוגיה מקצועית מובהקת, אשר משרד התקשורת - על גורמי המקצוע הרלוונטיים שבו - הוא בעל מומחיות מיוחדת לטיפול בה.

בהתאם לכך, בית המשפט הנכבד אינו ממיר את שיקול הדעת הרחב המסור לשר בשלו, ואינו בוחן אם ניתן היה לקבל החלטות אחרות חלף אלו שהתקבלו, אלא בוחן האם ההחלטות שהתקבלו אינן סבירות באופן קיצוני, באופן המצדיק התערבות שיפוטית.

153. בשים לב להוראות מסמך המדיניות בדבר בחינת מצב השוק הסיטונאי והתחרות, ולפי שיקול הדעת

המקצועי הרחב המסור למשרד התקשורת בעניינים כגון דא, נשוב ונציין כי לעמדת המשרד, רפורמת השוק הסיטונאי - כפי שהותוותה במסמך המדיניות וכפי שנקבעה בהוראות האסדרה השונות בעקבותיו - לא מומשה במלואה.

זוהי עמדתם המקצועית של גורמי המקצוע במשרד - שלהם מומחיות מובהקת בעניינים אלה - והדברים פורטו בהרחבה לעיל.

154. בנסיבות אלה, לנוכח עמדתם של גורמי המקצוע במשרד התקשורת כי לא התמלאו התנאים לביטול

חובת הפרדה המבנית, ברי כי אי-ביטול חובת הפרדה המבנית - תוך הקמת צוות ייעודי לבחינת הסוגיה, בראשות מנכ"ל משרד התקשורת - הוא סביר ביותר, ואף למעלה מכך.

155. והנה, חרף עמדת משרד התקשורת - שלו המומחיות בעניינים כגון דא כאמור - העותרת מבקשת כי בית

המשפט הנכבד יקבע עתה כי התמלאו התנאים הקבועים במסמך המדיניות (עוד בשנים 2014-2015, לשיטת העותרת); ויחייב את המדינה להורות על ביטול חובת הפרדה המבנית - ללא המרתה בהפרדה חשבונאית, חרף הוראות מסמך המדיניות - וזאת טרם השלמת עבודתו של הצוות המקצועי הייעודי שהוקם לשם בחינת הסוגיה, אשר בוחן את מצבו העדכני של שוק התקשורת.

הלכה למעשה, העותרת מבקשת כי בית המשפט הנכבד ימיר לחלוטין, בנקודת הזמן הנוכחית, את שיקול דעתו של משרד התקשורת בשלו, ויורה, בניגוד לעמדתו של משרד התקשורת, על ביטול חובת הפרדה המבנית. כל זאת, בשל תנאים אשר לטענת העותרת התמלאו כביכול לפני שנים (בשנים 2014-2015). לדרישה מרחיקת לכת שכזו אין, בכל הכבוד, כל יסוד שבדין.

156. משאלה הם פני הדברים, ולנוכח שיקול הדעת הרחב המסור למשרד התקשורת ולשר - ככלל, ובפרט בענייננו לאור הארואית מסמך המדיניות - המדינה תטען כי התנהלותה והחלטותיה בעניין כודאי שמנויות במתחם הסכירות, וכרו כי טענות העותרת אינן מלסדות על אי-סכירות קיצונית המצדיקה התערבות שיפוטית בעניין.

סיכום

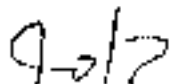
157. לנוכח כל האמור לעיל, המדינה תטען כי דין העתירה להידחות, על-הסף ולגופו.
158. דין העתירה להידחות על-הסף מחמת היותה עתירה מוקדמת לעת הוא. אין כל מקום כי בית המשפט תנכבד ידרש עתה לסוגיית חוצצה המבנית, בפרט טרם השלמת בחינתה על-ידי הצוות המקצועי הישודי שמינה המנכ"ל לשם כך.
159. מיטב לכך, דין העתירה להידחות גם לגופה, בהיעדר כל עילה להתערבות שיפוטית בעניין, ומשהתנהלות והחלטות המשרד והשר הן כודאי סכירות ביותר, ונטועות היטב במתחם שיקול הדעת המקצועי הרחב המסור למשרד בעניינים כגון דא.
- בניגוד לטענות העותרת, מסמך המדיניות לא ככל את שיפול דעתו של השר בנוגע לביטול ההפדחה המבנית, ותחת זאת הובהר בו באפורש - חזר והכיר - כי יש לבחון את התפתחותו של שוק סיטונאי, ואת האפשרות שתירגם פגיעה בתחרות או בענייניו של הציבור. כך נעשה, ועל כן אין כל עילה להתערבות שיפוטית בדבר.

160. אשר על כן, המדינה תטען כי דין העתירה להידחות, תוך חיוב העותרת בהוצאות חולסות.

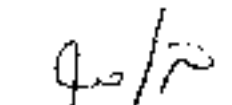
161. הגובה זו נתמכת בתצחירו של מר נתנאל (מתני) כהן, המנהל הכללי של משרד התקשורת.

היום, י"ט באבול, התשפ"ט

19 בספטמבר, 2019


ע"ד עידי אידו

סגן בכיר במחלקת הבג"צים
במקליטות המדינה


ע"ד עידי אבשיין

סגן בכיר אי (במחל) במחלקת הבג"צים
במקליטות המדינה

תצהיר

אני הח"מ, נתנאל (נתי) כהן, מצהיר בזאת כלהלן:

1. אני משמש בתפקיד המנהל הכללי של משרד התקשורת.
2. תצהירי זה ניתן לתמיכה בתגובה מטעם המשיבים 1-5 בתיק בג"ץ 1204/19 (להלן: **תגובת המדינה**).
3. העובדות המפורטות בתגובת המדינה הן אמת למיטב ידיעתי ואמונתי.
4. זה שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.

נתי כהן
מנהל הכללי
משרד התקשורת

אישור

אני הח"מ, נאור בר ע"ד, מאשר בזה כי ביום 16.9.19 הופיע בפני מר נתנאל כהן, המוכר לי אישית, ולאחר שהזרתיו כי עליו לומר את האמת, שאם לא יעשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, חתם בפני על תצהירו.

נאור בר
נ"ר 46800

בהתאם, מעמדה של העותרת בשוק התקשורת הנייחת בישראל הוא דומיננטי ביותר, וזאת בפרט בתחומי הטלפוניה ותשתיות האינטרנט, בהם היא מונפול מוכרז.

זאת ועוד, העותרת שמרה במשך השנים על מעמדה הדומיננטי בשוק התקשורת הנייחת. כך, לעותרת תשתית תקשורת עצמאית בפרישה רחבה ברחבי הארץ המגיעה כמעט לכלל משקי הבית בישראל, וגם לאחר רפורמת השוק הסיטונאי, עליה נרחיב בהמשך, העותרת ממשיכה להחזיק בנתח שוק קמעונאי משמעותי, ² הן בתחום תשתית האינטרנט, הן בתחום הטלפוניה; וכאמור היא מונופול מוכרז בתחומים אלו.

יישומה החלקי והמאוחר של רפורמת השוק הסיטונאי על-ידי העותרת פגע כאמור ביכולתם של ספקי השירותים הנוספים שאינם בעלי תשתית עצמאית לפתח תשתיות תקשורת עצמאיות מטעמם ולהתחרות בעותרת בענפים השונים; הצמיח לעותרת תועלת כספית משמעותית; וכן אפשר לה לשמור על מעמדה הדומיננטי בשוק התקשורת הנייחת גם לאחר השינויים האמורים במסגרת הרפורמה.¹¹

כך, נכון לסוף שנת 2018, בתחום הטלפוניה העותרת היא בגדר מונופול מוכרז ומשמרת נתח שוק של למעלה מ-60% בענף זה (כולל המגזר העסקי),¹² וכאמור לעיל, חרף הירידה בביקוש לשירות זה הוא עודנו אחראי לכ-27% מהכנסות העותרת; בתחום תשתית האינטרנט העותרת היא בגדר מונופול מוכרז, ומספקת שירותי תשתית אינטרנט לכ-70% מהמנויים בישראל כמתואר לעיל; וגם בתחום התמסורת ותקשורת נתונים מחזיקה העותרת בנתח שוק של כ-75% מההכנסות.