



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 528/20

ע"א 585/20

לפני : כבוד המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט י' אלרון

המערערים ב-ע"א 528/20 : 1. עו"ד שלומי כהן
2. אמיר פרדימן

המערערים ב-ע"א 585/20 : 1. רני בלוך
2. יהודית דה לנגה

נ ג ד

המשיבים ב-ע"א 528/20 : 1. סלקום ישראל בע"מ
2. פלאפון תקשורת בע"מ

המשיבות ב-ע"א 585/20 : 1. פלאפון תקשורת בע"מ
2. פרטנר תקשורת בע"מ

ובעניין : היועץ המשפטי לממשלה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-
יפו מיום 9.12.2019 (כבוד השופטת נ' אגמון-גונן) ב-
ת"צ 42754-05-11, ת"צ 53288-11-13, ת"צ 5172-05-
15, ת"צ 5208-05-15

תאריך הישיבה : כ"ב בשבט התשפ"א (4.2.2021)

בשם המערערים ב-ע"א 528/20 : עו"ד אמיר ישראלי
בשם המערערים ב-ע"א 585/20 : עו"ד גיל רון ; עו"ד אהרן רבינוביץ
בשם המשיבה 1 ב-ע"א 528/20 : עו"ד רותה לובן
בשם המשיבה 2 ב-ע"א 528/20 : עו"ד רון ברקמן ; עו"ד שרון מרקוביץ
והמשיבה 1 ב-ע"א 585/20 : עו"ד ירון רייטר ; עו"ד אריאלה אבלוב
בשם המשיבה 2 ב-ע"א 585/20 : עו"ד לימור פלד
בשם היועץ המשפטי לממשלה :

פסק-דין

השופטת ע' ברון:

1. לפנינו שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
(השופטת נ' אגמון-גונן; 9.12.2019). פסק הדין דחה שורה של בקשות לאישור תובענות
ייצוגיות שהדיון בהן אוחד (ת"צ 42754-05-11; ת"צ 15868-08-12; ת"צ 43187-10-

12 ; ת"צ 53288-11-13 ; ת"צ 7263-12-13 ; ת"צ 6121-09-14 ; ת"צ 5172-05-15 ; ת"צ 5208-05-15 ; ת"צ 62371-06-15 ; ת"צ 48167-07-15 (להלן: פסק הדין ו-בקשות האישור, בהתאמה).

בקשות האישור הוגשו כנגד שורה של חברות תקשורת מתחומי הסלולר, האינטרנט והשידורים (להלן: חברות הסלולר, חברות האינטרנט ו-חברות השידורים בהתאמה; חברות הסלולר והאינטרנט יכוננו ביחד להלן: חברות הטלקום; וכל המשיבות לבקשות האישור יחד יכוננו להלן: חברות התקשורת). בתמצית, הטענה שהועלתה היא שחברות התקשורת נוהגות בחוסר שוויון ותוך אפליית מחירים, בכך שהציעו תעריפים מוזלים ללקוחות שהתמקחו עמן וכן ללקוחות חדשים; זאת בניגוד לתנאי הרישיון שניתן להן על ידי משרד התקשורת, המחייבים אותן לנהוג בשוויון ולהציע תנאים שווים ללקוחותיהן. בקשות האישור הוגשו בעילות שונות ובהן הפרת חובה חקוקה, הפרת חוזה, חוסר תום לב במשא ומתן, רשלנות, עשיית עושר ולא במשפט, הטעיה והפרת חובת הגילוי.

הבקשות הוגשו בשם לקוחותיהן של חברות התקשורת שנפגעו מפרקטיקה נטענת זו (קרי, לקוחות ששילמו עבור שירותי החברות יותר מאשר לקוחות אחרים), ובמסגרתן התבקשו סעדים של צווי עשה שלפיהם החברות יחדלו מהפרת הרישיון הנטענת; וכן פיצוי לחברי הקבוצה, כאשר הנזק הנטען הוא ההפרש בין המחיר ששילמו חברי הקבוצה לבין המחיר ששילמו לקוחות אחרים של החברות שנגבה מהם מחיר נמוך יותר.

2. כבר בפתח הדברים יובהר, כי מתוך עשר בקשות האישור שנדחו בפסק הדין, הוגשו ארבעה ערעורים על דחייתן של שש בקשות אישור (אחדים ממבקשי האישור, שהגישו בקשות אישור נפרדות, בחרו להגיש את ערעוריהם ביחד); ולאחר שהתקיים דיון לפנינו, הודיעו המערערים ב-ע"א 568/20 ו-ע"א 588/20 כי הם אינם עומדים עוד על ערעורם וערעוריהם נמחקו בפסק דין חלקי מיום 16.2.2021. משכך, נותרו להכרעה שני ערעורים, המופנים שניהם כלפי חברות הסלולר: ע"א 528/20, המופנה כלפי חברת סלקום תקשורת בע"מ וחברת פלאפון תקשורת בע"מ (להלן: סלקום ו-פלאפון בהתאמה), ו-ע"א 585/20 המופנה גם הוא כלפי פלאפון ובנוסף כלפי חברת פרטנר תקשורת בע"מ (להלן: פרטנר). על כן, איננו נדרשים עוד לטענות שנטענו כנגד חברות האינטרנט וחברות השידורים, ופסק דין זה יעסוק בטענות כנגד חברות הסלולר בלבד.

הרקע הצריך לעניין

3. חברות התקשורת פועלות מכוח רישיונות הניתנים להן בהתאם להוראות חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת); כאשר חוק התקשורת קובע שהמאסדר האמון על מתן רישיונות ואכיפתם כלפי חברות הטלקום הוא שר התקשורת (סעיף 4), ואילו בכל הנוגע לחברות השידורים, חוק התקשורת מגדיר שני מאסדרים – שר התקשורת ולצידו המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין (להלן: מועצת הכבלים והלוויין או המועצה) (סעיפים 6 ו-6מ).

מכך נובע שהרישיונות שלהפרתם נטען, בשלושת תחומי התקשורת, ניתנו על ידי מאסדרים שונים ומכוח סמכויות שונות, ולמעשה הם מסדירים פעילות בשווקים שונים. עם זאת, ההוראות שלהפרתן נטען בבקשות האישור דומות בלשונן ועל כן הדיון בבקשות אוחד.

4. ברישיונות של חברות הסלולר מופיעות ההוראות הבאות (מספרי הסעיפים המצוטטים מיד בסמוך, הם מספרי הסעיפים ברישיון סלקום; הוראות זהות מופיעות ברישיון פלאפון בסעיפים 58.2, 74.1, 74.2, 74.3, 74.4 ו-75.1, וברישיון פרטנר בסעיפים 60.2, 75.1, 75.2, 75.3, 75.4 ו-76.1; מכאן ואילך אתייחס למספרי סעיפי הרישיונות כפי שהם מופיעים ברישיון סלקום):

"60.2 מבלי לגרוע מהאמור בסעיף 75.3, בעל הרישיון יספק שירות רט"ן [רדיו, טלפון נייד- ע'ב'] וסל שירותים, כהגדרתו בסעיף 73א, לכל מבקש בתנאים שווים ובלתי מפלים ובתעריף בלתי מפלה.

...

75.1. בעל הרישיון יקבע תעריף בעד כל שירות וסל שירותים שהוא נותן למנוייו, וכן רשאי הוא לקבוע את אופן הצמדת התעריף למדד. בעל הרישיון יודיע למנהל שיעורו של כל תעריף, לפני כניסתו של התעריף לתוקף.

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

75.3. בעל הרישיון יציע כל סל שירותים בתנאים שווים ובתעריף אחיד לפי סוגי המנויים. לעניין סעיף זה, 'סוג

מנויים' – קבוצת מנויים שיש במאפייניה טעם סביר המצדיק את הבחנתה מקבוצה אחרת.

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

...

76.1. בעל הרישיון יעמיד לרשות כל מבקש, במשרדי השירות ובמוקדי הפניה, מידע מלא, מפורט וללא תמורה, בדבר התעריפים העדכניים לכל שירותיו לרבות התשלום עבור השלמת שיחה; המנהל רשאי להורות לבעל הרישיון בדבר האופן והמתכונת לפרסום התעריפים כאמור.

5. בבקשות האישור נטען כי חברות הסלולר נוקטות בפרקטיקות שונות, המפירות את חובת השיוויון הקבועה בסעיפים הנזכרים לעיל. כך, מתואר כיצד חברות הסלולר מעניקות הטבות והנחות ללקוחות המאיימים לסיים את התקשרותם עם החברה או מתמקחים על תנאי ההתקשרות, בעוד הנחות והטבות אלה לא מוצעות ללקוחות "נוחים" שאינם מתמקחים עם החברה. פרקטיקה נוספת המוזכרת בבקשות האישור היא מתן תעריף מוזל ללקוחות חדשים, שמניידים את מספר הטלפון שלהם מחברה מתחרה, כאשר לקוחות קיימים אינם זוכים לאותו תעריף מוזל. שיטה דומה היא שיטה המכונה "win back", במסגרתה מוצעים ללקוחות שעזבו את החברה תנאים משופרים על מנת שיחזרו אליה. נטען, כי לפי הוראות הרישיון יש חובה לגבות תעריף אחיד מכל הלקוחות מאותו סוג, ואין כל שוני רלוונטי בין לקוחות מתמקחים לשאינם מתמקחים, או בין לקוחות חדשים לקיימים, המצדיק קביעת תעריפים שונים לגביהם.

טענה נוספת הייתה כי סעיף 76.1 לרישיון מחייב את חברות הסלולר לפרסם את תעריפיהן בשקיפות מלאה; ובכך שהחברות קובעות תעריפים אינדיבידואלים למנויים לפי כוח המיקוח שלהם ולא מפרסמות תעריפים אלה, הן מפירות חובה זו.

ההליך בבית המשפט המחוזי ועמדות המאסדרים שהוגשו

6. תחילה נדונו במאוחד חמש בקשות אישור, שנגעו כולן לתחום הטלקום. במסגרת הדיון בבקשות, ביום 11.9.2013 ביקש בית המשפט המחוזי את עמדת משרד התקשורת, בהתייחס לשאלה "האם המשיבות רשאיות להציע או לגבות מלקוחות שיש להם מאפיינים דומים, בזמן נתון, מחירים שונים עבור אותו סוג של שירות, אם מיוזמתן, אם משום שהלקוח

דרש מחיר מוזל וניהל מו"מ, אם מסיבה אחרת. נא לפרט. משרד התקשורת מתבקש לתת דעתו, בין היתר, האם יש להבחין בקשר לאמור לעיל בין לקוחות חדשים לבין לקוחות קיימים".

ביום 13.1.2014 הוגשה לבית המשפט עמדת משרד התקשורת. עמדת משרד התקשורת הייתה שעל פי הרישיונות ורשאות חברות הסלולר לערוך בין לקוחותיהן הבחנה תעריפית רק אם הם משתייכים ל"סוגים שונים" של מנויים; כאשר במונח "סוגים שונים" הכוונה היא לקבוצות של לקוחות בעלי מאפיינים ייחודיים המצדיקים מתן תעריף שונה בהתאם לדפוסי הצריכה והשימוש שלהם, למשל תוכניות ייעודיות לחיילים או לסטודנטים. בתוך כך, נקבע שחברה אינה רשאית להציע תוכנית תעריפים מסוימת אך ורק ללקוחות שהיא חפצה ביקרם על מנת לשמרם כלקוחות, וכי אינה רשאית לנהל משא ומתן פרטני עם כל לקוח בהתאם ליכולת המיקוח שלו.

בהתייחס לשאלה בדבר הבחנה בין לקוחות חדשים וקיימים, הבהיר משרד התקשורת כי הרישיון מאפשר לחברה לקבוע תנאים למעבר בין תוכניות שונות שהיא מציעה למנויים; ובכך יכולה להיווצר בפועל הבחנה מותרת בין לקוחות חדשים לקיימים, מאחר שתנאי המעבר בין תוכניות אינם רלוונטיים למנויים חדשים אלא למנויים קיימים בלבד. לצד זאת הובהר, שחברה אינה רשאית להבחין בין לקוחות חדשים שהיו בעבר לקוחות של החברה, כלומר לקוחות "חוזרים", ובין לקוחות חדשים שלא היו בעבר לקוחות של החברה, וכי עליה להציע תנאים זהים ללקוחות החדשים וללקוחות החוזרים.

לעמדה זו צורף מכתב הבהרה מיום 31.10.2013 שנשלח מאת משרד התקשורת ומועץ לכל חברות הטלקום (להלן: מכתב ההבהרה מ-2013). במכתב הובהר כי חל איסור להפלות בין מנויים המשתייכים לאותה קבוצת מנויים, על ידי מתן הטבות ותוכניות תעריפים ייחודיות; מהמכתב עולה שהדברים נאמרו בפרט בנוגע לאפליה בין לקוח חדש ללקוח חוזר. עוד הובהר שמתן הטבות אסורות כאמור, יכול לפגוע בתחרות, ובכוונת המשרד לאכוף את ההנחיה באמצעות הטלת עיצום כספי על בעל הרישיון שיפר אותה.

7. נוסף על עמדת משרד התקשורת, התבקש היועץ המשפטי לממשלה להתייבץ בהליך ולהציג את עמדתו שלו ביחס לאותן שאלות שהוצגו למשרד התקשורת (להלן גם: היועץ). עמדת היועץ הוגשה לבית המשפט ביום 11.5.2015, והיא דמתה בעיקרה לעמדת משרד התקשורת. היועץ עמד על כך שאסדרת משרד התקשורת נועדה להתגבר על פערי מידע וכוח בין חברות התקשורת לצרכנים, וכי הדרך להתגבר על פערים אלה היא באמצעות יצירת אחדות בין התוכניות המוצעות על ידי בעל הרישיון – שיהיו קבועות מראש, שקופות, ושיוצגו באופן שווה לכלל המנויים. לעמדתו של היועץ,

אסדרה זו מאפשרת לצרכן לבצע השוואה בין השירותים או המוצרים המוצעים לו, לשם קבלת החלטה מושכלת ועל בסיס מידע שיש בו ודאות ושקיפות. היועץ הוסיף כי יש בכך גם כדי להגן על צרכנים חלשים, שאינם מודעים לכתחילה לאפשרות המיקוח או שאינם כשירים להתמקח בצורה יעילה.

8. לאחר שהוגשו עמדות משרד התקשורת והיועץ וטרם שניתנה החלטה בבקשות האישור, פנו חברות התקשורת לבית המשפט וביקשו כי ההליכים יעוכבו, וזאת בשל "התפתחויות רגולטוריות" שאירעו (בשלב זה חברות השידורים כבר צורפו להליך). אותן ההתפתחויות שאליהן התייחסו היו החלטה שפורסמה על ידי מועצת הכבלים והלוויין ביום 10.3.2016, בעניין מדיניות מבצעים והחלת הוראות שקיפות (להלן: החלטת מועצת הכבלים והלוויין או החלטת המועצה); וכן מכתב של מנכ"ל משרד התקשורת מיום 21.4.2016.

9. על פי האמור בהחלטת המועצה שאליה הפנו חברות התקשורת, זו התכנסה בעקבות פניות שקיבלה שחשפו מספר נקודות בעייתיות לכאורה בשיטת התמחור של חברות השידורים יס והוט, המעלות חשש להטעיית הצרכן, אפליה ופגיעה בתחרות. עובר לקבלת ההחלטה קיימה מועצת הכבלים והלוויין הליך שימוע, שבמסגרתו הוצגו למועצה עמדותיהן של חברות השידורים, וכן עמדות מטעם המועצה הישראלית לצרכנות, הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן (להלן: הרשות להגנת הצרכן), ורשות התחרות (שם הרשות שונה ובעת הרלוונטית שמה היה הרשות להגבלים עסקיים).

עמדת רשות התחרות כפי שבאה לידי ביטוי בחוות דעת מיום 18.2.2016 הייתה, שלהגבלת האפשרות להציע הצעות אטרקטיביות ללקוחות המאיימים בעזיבה או שנמצאים בשלבי ניתוק, עלולה להיות השלכה שלילית; שכן איסור גורף על מתן הנחות בנסיבות אלה ימנע מציבור הצרכנים הוזלת מחירים הנובעת מהתפתחות התחרות. על כן, כך רשות התחרות, נדרשות נסיבות יוצאות דופן על מנת לאסור באופן גורף על מתן הנחות במצבים כאלה. עוד צוין כי איסור על אפליה בין לקוחות בתוכניות שונות, עלול להקטין את החופש של הצרכנים לבחור את המוצר המתאים להם, ולהביא לעליית המחיר שמשלמים צרכנים כתוצאה מביטול האפשרות להתאים את הצעת המחיר לסוגי לקוחות שונים.

הרשות להגנת הצרכן מצידה ציינה כי תמחור אישי עשוי לפגוע בצרכנים חלשים; וכי ניהול משא ומתן אישי ומתן מחיר לכל צרכן על פי יכולת המיקוח שלו, מנוגדים למדיניות השקיפות. על אף האמור, הגיעה הרשות לכלל מסקנה "כי ישנם גם יתרונות

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

10. בסופו של יום, מועצת הכבלים והלוויין קבעה כי יש להתיר לחברות השידורים להציע "מבצעי שימור" על פי כוח המיקוח של הלקוחות, וכי אין זה נכון בשלב זה לחייב פרסום של מבצעים מעין אלה; עוד נקבע שאין למנוע הבחנה תעריפית בין מנויים חדשים למנויים קיימים. בקובעה כאמור, עמדה המועצה על היתרונות והחסרונות של שיטות אלה, כפי שבאו לידי ביטוי בעמדות שהוגשו לה; ובמיוחד התייחסה למאפיינים הייחודיים של שוק התקשורת שבגינם סברה שזו המדיניות המתאימה, ובהם חסמי מעבר המגבילים את כוחו של הלקוח לעבור מחברת שידורים אחת לאחרת ומקטינים אגב כך את התחרות בשוק, והעובדה ששוק השידורים מתאפיין בעלויות קבועות גבוהות ועלות נמוכה עבור הלקוח השולי.

התפתחות רגולטורית נוספת שעליה הסתמכו חברות התקשורת בבקשתן לעכב את ההכרעה בבקשות האישור, הייתה כאמור מכתב של מנכ"ל משרד התקשורת מיום 21.4.2016. במכתב הזכיר מנכ"ל המשרד את עמדותיהן של מועצת הכבלים והלוויין ושל רשות התחרות, וציין כי "אני סבור שיש לשקול גיבוש כללים שיביאו להאחדה של הרגולציה לגבי כלל הגורמים הרלבנטיים, באופן שיעלה בקנה אחד גם עם שינויים ותמורות בשוק"; בהמשך לכך ציין המנכ"ל כי בכוונתו "לבחון קיום שימוע בסוגיית הוראות רישיון לעניין אפליית מחירים בין מנויים", וכי תהליך בחינה כאמור עתיד להתפרסם בזמן הקרוב.

ההכרעה בבית המשפט המחוזי אכן עוכבה בעקבות הגשת מסמכים אלה. בהמשך, ביום 22.9.2016 הודיע משרד התקשורת לבית המשפט כי הוא החל לערוך בחינה של נושא אפליית המחירים ואפשרות אסדרתו מחדש, ואף הקים צוות עבודה פנים משרדי לצורך זה. כפי שעולה מהודעות עדכון שהוגשו מעת לעת לבית המשפט המחוזי, משרד התקשורת החל לאסוף נתונים ולקיים דיונים לקראת אסדרה עתידית. ביני לביני, אוחדו עם ההליך בקשות אישור נוספות, ביניהן גם כאלה שהוגשו כנגד חברות השידורים.

ביום 24.12.17, בהוראת בית המשפט, הוגשה עמדה נוספת מטעם היועץ המשפטי לממשלה. על פי האמור בעמדה, משרד התקשורת טרם גיבש החלטה אם יש צורך בשינוי של האסדרה החלה על חברות התקשורת, וצוין כי המצב הנורמטיבי בהיבט זה נותר על כנו כפי שתואר בעמדת היועץ הקודמת (מיום 11.5.2015) שהוגשה בהליך.

היועץ המשפטי לממשלה הוסיף, בהתייחס לעמדת רשות התחרות ולהחלטת המועצה שנזכרו לעיל, כי אלו ניתנו בקשר לשוק השידורים – ואילו בקשות האישור הראשונות, שלגביהן הוגשה עמדת היועץ הקודמת, נוגעות לשוק הטלקום; משכך, עמדות אלה של רשות התחרות ושל המועצה אינן רלוונטיות לשאלה אם חברות הטלקום הפרו את ההוראות שקבועות ברישיונות שלהן ואינן משליכות על בקשות האישור המופנות כלפי חברות הטלקום.

לאחר הדברים האלה הוגשו סיכומים מטעם הצדדים ונערכו השלמות טיעון בעל פה, וניתן פסק הדין על ידי בית המשפט המחוזי.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

12. נקודת המוצא של בית המשפט המחוזי הייתה שהרישיונות שניתנו לחברות התקשורת אוסרים על אפליית מחירים, למעט כאשר מדובר בהבחנה מוצדקת לפי "סוגי מנויים". הרישיונות מגדירים "סוג מנויים" כ"קבוצת מנויים שיש במאפייניה טעם סביר המצדיק את הבחנתה מקבוצה אחרת" (כך ברישיונות של חברות הסלולר; נוסחים דומים מצויים ברישיונות של יתר חברות התקשורת). בית המשפט נדרש אפוא לשאלה, אם "לקוחות מתמקחים" או "לקוחות חדשים" הם "סוג מנויים" כמוגדר לעיל; כאשר המבקשים המייצגים טוענים שהמענה לכך הוא בשלילה ואילו חברות התקשורת טוענות שהמענה הוא בחיוב. בית המשפט המחוזי סבר כי מבחינה לשונית שתי הפרשנויות אפשריות, ועל כן נדרשת פרשנות תכליתית של הוראות הרישיון.

מכאן פנה בית המשפט המחוזי לדון בעקרונות הרלוונטיים לפרשנות תנאי הרישיון, ובעשותו כן עמד על כך שיש ליתן משקל גבוה לשיקולי תחרות במסגרת פרשנות ההוראות – תוך שציין כי את הוראות הרישיונות יש לפרש לאורם של שיקולי התחרות בתחום התקשורת. זאת לנוכח הוראת סעיף 4(ב)(3) לחוק התקשורת, המורה לשר התקשורת לשקול שיקולי תחרות במתן רישיון ובקביעת התנאים בו, וחשיבותה של הגברת התחרות בפיתוח יעילות השוק והפחתת המחירים לטובת הצרכנים.

13. בשלב זה התייחס בית המשפט המחוזי לכך שלמעשה הוצגו לו שתי חוות דעת שונות, האחת של מועצת הכבלים והלוויין והשנייה של משרד התקשורת, הנוקטות עמדה שונה בכל הנוגע לפרשנות הוראות הרישיונות וההשלכות התחרותיות בהקשר זה. בית המשפט קבע שיש לבחון את שתי העמדות בהתאם לכללי המשפט המינהלי, על מנת להכריע ביניהן; ומשעשה כן הגיע לכלל מסקנה כי יש לקבל את עמדת מועצת הכבלים והלוויין, ולדחות את עמדת משרד התקשורת (ויוזכר למען שלמות התמונה כי עמדת

היועץ שהוגשה לבית המשפט המחוזי תמכה בעמדת משרד התקשורת). זאת, מקום שבו החלטת מועצת הכבלים והלוויין נמצאה מפורטת, מבוססת ומנומקת, ובגיבושה אף הסתייעה מועצת הכבלים והלוויין בגורמים נוספים כגון רשות התחרות והרשות להגנת הצרכן.

מנגד, בית המשפט קבע שעמדת משרד התקשורת לוקה בפגמים, והתקבלה שלא על פי כללי המשפט המינהלי. כך, בית המשפט מצא שהעמדה גובשה שלא על בסיס תשתית ראייתית מוצקה; לא עמדה בחובת ההנמקה המוטלת על רשות מינהלית; ואף הופרה חובת ההיוועצות, כאשר העמדה גובשה ללא התייעצות עם רשות התחרות וארגונים צרכניים. עוד ציין בית המשפט כי מכתב ההבהרה מ-2013 היווה למעשה הודעה בדבר שינוי מדיניות מצד משרד התקשורת, ומשכך חובה היה על המשרד לערוך שימוע לחברות הסלולר והאינטרנט בטרם קבלת ההחלטה על שינוי המדיניות כאמור. בית המשפט המחוזי קבע שלנוכח פגמים אלה, אין מקום לקבל את עמדת משרד התקשורת.

14. בהינתן כל האמור הגיע בית המשפט למסקנה כי בקשות האישור שהוגשו כנגד חברות השידורים נדונו לדחייה, ולו מן הטעם שמועצת הכבלים והלוויין המסדירה את התחום התירה את הפרקטיקה שבגינה הוגשו בקשות אישור אלה. בהתייחס לבקשות האישור שהוגשו כנגד חברות הטלקום (חברות הסלולר וחברות האינטרנט), בית המשפט סבר כי יש להחיל גם עליהן את שנקבע בהחלטת המועצה, אף שהחלטתה לא חלה במישרין על תחום זה. כך לנוכח הדמיון הרב בלשון הרישיונות, והמשקל הדומה שיש ליתן לשיקולי תחרות בשני השווקים; וכן משום שלשווקים השונים מאפיינים משותפים המצדיקים החלת אסדרה דומה. בהקשר זה צוין כי לא נעלמה מעיניו של בית המשפט העובדה שמועצת הכבלים והלוויין מנתה כאחד השיקולים ששקלה בהחלטתה את עלויות המעבר בין חברות בתחום השידורים, מאפיין של שוק השידורים שאינו מתקיים בשוק הטלקום; אולם בית המשפט סבר ששונים זה אינו משמעותי במידה המצדיקה קביעת כללים שונים לשני השווקים. עוד ציין בית המשפט המחוזי את החשיבות המיוחדת שבפרשנות אחידה לרישיונות בשלושת התחומים, שעה שחברות תקשורת החלו בשנים האחרונות להציע "חבילות משולבות" הכוללות שירותים במספר תחומים יחד; וכי במצב דברים זה אין כל הצדקה עניינית להטיל על חברה המציעה "חבילה משולבת", כללים שונים לעניין אופן תמחור כל שירות.

משהגיע למסקנה זו, קבע בית המשפט כי יש לדחות אף את הטענות בבקשות האישור הנוגעות לחובת הפרסום שחלה על חברות התקשורת. בית המשפט מצא שהטלת

חובה לפרסם את תעריפי החברות, לרבות התעריפים המוזלים הניתנים ללקוחות מתמקחים, תאיין את היתרונות התחרותיים הטמונים בפרקטיקה זו ותוביל לתיאום מחירים של המתחרות; קביעה זו הסתמכה על החלטת המועצה, וכן על חוות דעת המומחים שהגישו חברות התקשורת במסגרת ההליך שהתנהל. בהתאם לכך, דחה בית המשפט המחוזי את בקשות האישור על כלל היבטיהן.

טענות המערערים

15. כאמור, על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הוגשו ארבעה ערעורים, ובשלב זה נותרו שני ערעורים שטרם הוכרעו. אציג את הטענות שהועלו בשני ערעורים אלה, ומפאת הדמיון שביניהן אציג את עיקריהן במאוחד.

המערערים חוזרים על הטענה כי החברות הפרו את הוראות הרישיון שאוסרות על אפליה ומחייבות אותן בתעריף אחיד. לטענתם, לחובת השוויון הקבועה בהוראות הרישיון תכליות רבות ובהן איזון בין פערי מידע, חובת הגינות כלפי המנויים, הגנה על לקוחות חלשים שאינם בעלי כוח מיקוח, וכן קידום התחרות. עם זאת, לשיטתם פסק דינו של בית המשפט המחוזי מתמקד בשיקולי התחרות ובאלה בלבד, באופן שחובת השוויון מצטיירת כאמצעי להגברת התחרות ותו לא. מעבר לכך, נטען כי גם שיקולי תחרות תומכים בעמדתם של המערערים, שכן החובה להציע תעריף אחיד למעשה נועדה למנוע התנהגות "טורפנית" מצד חברות הסלולר כלפי מתחרותיהן, כאשר ביכולתן של החברות הגדולות למשוך אליהן מנויים באמצעות מתן הנחות משמעותיות וכל זאת על מנת לפגוע במתחרות ולצמצם את התחרות בשוק. נוסף כל כך, נטען שחובת שקיפות ופרסום התעריפים מגבירה גם היא את התחרות בשוק; ואף שיקול זה, שהוא תחרותי באופיו, מוביל למסקנה כי היה מקום לקבוע שחובה על חברות הסלולר להציע תעריפים אחידים לסוגי מנויים ולפרסמם.

עוד נטען כי פסק הדין בעצם לא הכריע במחלוקת הפרשנית שהייתה לפניו, והיא השאלה מהם "סוגי מנויים" שביניהם ניתן לבצע הבחנה. בתוך כך נטען כי לקוחות מתמקחים (לקוחות "רגישי מחיר" כלשון המערערים) אינם בגדר "סוג מנוי", משום שמדובר בעניין אינדיבידואלי מובהק; כך גם לקוחות חדשים אינם קבוצה המתאפיינת בדפוסי צריכה ושימוש נפרדים, ולכן לא ניתן לראות בהם כ"סוג מנוי". כן נטען כי ממילא כל שהגדרת "סוג מנוי" מאפשרת לחברות הוא לקבוע תוכניות תעריפים ייעודיות לאותם מנויים ואין הדבר מאפשר יחס אינדיבידואלי שונה לכל לקוח ולקוח.

המערערים מלינים על כך שבית המשפט המחוזי אימץ ביחס לחברות הסלולר את החלטת מועצת הכבלים והלוויין. בהקשר זה נטען, שמהחלטת המועצה עצמה עולה כי היא נובעת ממאפייניו היחודיים של שוק השידורים וחלה על חברות השידורים בלבד, וכי זו גם הייתה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בבית המשפט המחוזי. הדבר נכון גם לגבי עמדת רשות התחרות, שניתנה במסגרת השימוע שערכה מועצת הכבלים והלוויין ושעליה הסתמך בית המשפט המחוזי בקביעותו בהתייחס לחברות הסלולר. מעבר לכך, נטען שקיימים הבדלים מהותיים בתנאי הרישיונות הניתנים בכל תחום, כך שלא ניתן לגזור גזירה שווה ביחס לכל סוגי הרישיונות. מנגד, משרד התקשורת – הוא המאסדר הרלוונטי שאף ניסח את הוראות הרישיון – הביע עמדתו באופן עקבי ששיטת ההתמקחות מהווה הפרה של חובת השוויון הקבועה ברישיונות; ועל כן נטען שהיה על בית המשפט לקבל את עמדתו בהתאם להלכה שלפיה ככלל יש לקבל את פרשנות המאסדר להוראותיו שלו. בהקשר זה, המערערים מוסיפים כי לא היה מקום לפסול את עמדת משרד התקשורת על יסוד אי עמידה בכללים מינהליים.

לעניין חובת פרסום התעריפים, נטען כי בבסיס הוראה זו ברישיונות חברות הטלקום עומד עקרון שקיפות המחירים, שנועד לעודד תחרות חופשית. המערערים טוענים שאמנם בית המשפט המחוזי סבר שבנסיבות הנוכחיות היעדר שקיפות יכול לתרום לתחרות, אך קביעה זו היא בבחינת "דין רצוי" בלבד, ולא ניתן על סמך שיקול זה להתעלם דה-פקטו מהוראות הרישיונות המחייבות פרסום.

נוסף על טענות כלליות אלו, המערערים ב-ע"א 585/20 מלינים על כך שחלק מעילות התביעה שלגביהן הוגשו בקשות האישור שלהם (ת"צ 15-05-5172; ת"צ 5208-05-15) לא זכו להתייחסות בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. כך למשל, הם טוענים כי פרטנר מציעה תעריפים שונים ללקוחות הפונים דרך המוקד הטלפוני אל מול אלה הפונים דרך אתר האינטרנט של החברה, וכי פרקטיקה זו מהווה אפליית מחירים אסורה על בסיס ערוץ הצטרפות. עוד נטען שפלאפון מציעה שירותי סלולר באמצעות שני מותגים שונים השייכים לה, "פלאפון" ו-"וואלה! מובייל", כאשר התעריפים ב-"וואלה! מובייל" נמוכים באופן משמעותי, והחברה אינה מיידעת את לקוחותיה כי באפשרותם לקבל ממנה שירותים זהים על ידי רכישת המותג הזול מבין השניים – וגם בכך יש משום אפליית מחירים על בסיס מותג, ואף הטעיה צרכנית.

טענות חברות הסלולר

16. חברות הסלולר סומכות את ידיהן על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ונימוקיו. לעמדתן, הרישיונות מתירים להן להבחין בין קבוצת מנויים שיש במאפייניה טעם סביר

המצדיק הבחנתה מקבוצות אחרות, וקיים טעם סביר ליתן העדפה בתעריפים ללקוחות מתמקחים וחדשים. לעמדת החברות, בית המשפט ניתח באופן מפורט ונכון את עמדות המאסדרים, ומסקנתו שיש להעדיף את עמדת מועצת הכבלים והלוויין מנומקת היטב; ממילא, כך החברות, הסמכות לפרש את הוראות הרישיונות ניתנה לבית המשפט ולא למאסדר, ועל כן פרשנות משרד התקשורת אינה מחייבת את בית המשפט. עוד טוענות החברות כי אין שוני רלוונטי בין שוק הטלקום לשוק השידורים, והבדלי הניסוח בהוראות הרישיונות אינם מהותיים; מכאן שלמסקנות ההפוכות של משרד התקשורת ומועצת הכבלים והלוויין אין אחיזה בשוני שבין הרישיונות והן אינן מוצדקות. מכל מקום, נטען ששוק התקשורת מצוי במגמה של האחדת שירותים, כך שחברות שונות משווקות שירותים משולבים (אינטרנט, סלולר ושידורים), ולכן ניסיון המערערים "להפריד" בין השווקים וליישם בהם רגולציה שונה הוא מלאכותי.

חברות הסלולר מוסיפות, כי ממילא מבקשי האישור לא הוכיחו שנגרם להם נזק כתוצאה מאפליית המחירים הנטענת. לעמדתן, המערערים נסמכים על הנחה שגויה שלפיה הנזק שלכאורה נגרם להם הוא ההטבה שלשיטתם היו זכאים לקבל, כאשר אלמלא הבחנת המחירים הם מניחים שהיו ניתנים אותם מחירים מוזלים ליתר המנויים. חברות הסלולר טוענות שהנחה זו לא רק שלא הוכחה, אלא שמחוות דעת המומחים שהוגשו מטעמן לבית המשפט המחוזי עולה כי ההפך הוא הנכון; ואילו החברות היו נדרשות למחיר אחיד, המחיר הכללי לכלל הצרכנים היה עולה – ומשכך נראה כי לא ניתן להוכיח נזק שנגרם לקבוצה.

בנוגע לטענות שהועלו ב-ע"א 585/20, בהתייחס לעילה של אפליה "לפי מותג", פלאפון טוענת שהקביעות העקרוניות בפסק הדין חלות גם על אפליה נטענת זו; וכראיה לכך, המערער 1 הוא זה שביקש לאחד את הדיון בבקשת האישור שלו עם יתר בקשות האישור שהתייחסו ל"אפליה על בסיס מיקוח", בטענה כי מדובר באותה עילת תביעה ושהבקשות עוסקות באותן שאלות. לגופו של עניין, פלאפון מבהירה כי לכל לקוחותיה נתונה האפשרות להצטרף לתוכנית של "וואלה! מובייל" ובאתר של פלאפון נמצא פרסום וקישור אל אתר "וואלה! מובייל" שם מוצגות תוכניות המותג ותעריפיהן. לטענתה הדבר עולה בקנה אחד עם הוראות הרישיון ועם הפרקטיקה המקובלת של שיווק מותג מוזל שהוא מותג אינטרנטי בלבד.

באופן דומה, פרטנר, שכלפיה כאמור נטען לאפליה "לפי ערוץ התקשורת", טוענת כי בית המשפט המחוזי קבע כי אין חובה לפרסם באתר האינטרנט את כל התוכניות המוצעות על ידה; ובהיעדר חובה כזו היא סבורה שאין כל פסול במתן הצעות נוספות במוקד הטלפוני וכי אין חובה על פרטנר לאפשר ללקוחות להצטרף לכלל

התוכניות דרך האתר. פרטנר מדגישה גם היא כי האפשרות לקבל את התעריף המוזל המוצע במוקד הטלפוני עומדת ללקוחותיה כולם באופן שווה.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

17. היועץ המשפטי לממשלה הגיש מטעמו עמדה בערעורים. בעמדתו חזר וציין היועץ כי הוא תומך בעמדת משרד התקשורת כפי שהובאה לפני בית המשפט המחוזי, אך את עיקר עמדתו הקדיש היועץ לכך שלגישתו שומה על בית המשפט להתערב בפסק הדין, לא רק משום התוצאה שלו אלא משום ההנמקה שביסודו. זאת לנוכח הקביעות התקדימיות לשיטתו בפסק הדין שעשויות להיות להן השלכות רוחב על רשויות המדינה. ואפרט.

ראשית, היועץ מתייחס לקביעת בית המשפט כי משרד התקשורת במתן עמדתו היה צריך לעמוד בכל כללי המשפט המינהלי. לעמדת היועץ, בעת שרשות מעניקה בתחום המאוסדר על ידה פרשנות להוראת דין, לחוזרים שהוציאה או לרישיונות שנתנה – אין מדובר במעשה מינהלי של קבלת החלטה או קביעת מדיניות, שכן המעשה הפרשני אינו משנה מצב קיים אלא חושף את כוונתו של "יוצר הנורמה" שכבר נקבעה. במצב דברים זה, הרשות מחויבת לפעול לפי כללי הפרשנות המקובלים, על מנת לעמוד על התכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית של הנורמה; אך כללי הפרשנות לא כוללים כלל המחייב כי טרם שתיבחן הנורמה לגופה תקיים הרשות הליך מינהלי. עוד מסביר היועץ כי החובות המינהליות שעליהן עמד בית המשפט המחוזי, כגון חובת שימוע, חובת הנמקה, וכיוצא באלה, נעוצות בכללי הצדק הטבעי שמטרתם להגן על הפרט שעשוי להיפגע משינוי במעמדו או בזכויותיו – ואילו המעשה הפרשני איננו משנה מצב קיים ועל כן כללי הצדק הטבעי אינם חלים עליו. מעבר לכך, היועץ סבור כי הטלת חובה כזו אינה עולה בקנה אחד עם אופי עבודתה של הרשות המינהלית, שמבצעת פרשנויות מדי יום ביומו במהלך עבודתה השוטפת; וכי קביעת חובה על רשות מינהלית לקיים הליך מינהלי בכל פעם שהיא נדרשת לפרשנותה של אחת הנורמות שעל פיהן היא פועלת, מהווה נטל כבד שהרשויות לא יעמדו בו.

בהמשך לכך, היועץ המשפטי לממשלה מערער על הכלל המשתמע מפסק דינו של בית המשפט המחוזי, שלפיו אי קיום שלב בהליך המינהלי אגב פרשנות רישיון, מביא לבטלות הפרשנות שניתנה על ידי המאסדר – זאת מבלי לערוך בחינה של פרשנות ההוראה לגופה. לעמדת היועץ, קיימת בעייתיות בקביעה כי כללי המשפט המינהלי הם שיגזרו כשלעצמם את נכונותה של העמדה הפרשנית, וכפועל יוצא מכך תיגזר גם בטלותה של הפרשנות אם לא תעמוד בכללים אלה. מכל מקום, לעמדת היועץ, אי קיום

חובות מינהליות אינו יכול לפטור את בית המשפט עצמו מליתן פרשנות לנורמה שהובאה לפניו; וקיים קושי בהותרת פסק הדין על כנו כאשר אין בו כל התייחסות לגופן של השאלות הפרשניות שהתעוררו בבקשות האישור.

קביעה נוספת בפסק הדין שעליה חולק היועץ היא, שמשיקולים של אחדות בפרשנות ו"הרמוניה חקיקתית" יש לפרש את רישיונות הסלולר ורישיונות השידורים באופן דומה – ועל כן יש להחיל את החלטת מועצת הכבלים והלוויין על שוק הסלולר. היועץ מסביר כי בנסיבות ההליך הנוכחי אין הכרח כי תהיה עמדה אחת אחידה של המאסדרים, שכן קיימים הבדלים משמעותיים בין השווקים, וכל מאסדר בקביעת פרשנותו לוקח בחשבון את מכלול המאפיינים של השוק המפוקח על ידו. לגופו של עניין, היועץ סבור שעמדתו הפרשנית של משרד התקשורת מתיישבת עם לשון ההוראה בדבר איסור אפליה הקבועה ברישיונות ואף עולה בקנה אחד עם התכליות התחרותיות והצרכניות של הרישיון, כל זאת בשים לב למאפייניו הייחודיים של שוק הסלולר – ועל כן לא היה מקום שבית המשפט יתערב בפרשנותו.

דיון והכרעה

18. לאחר שעיינתי בכתובים והקשבתי לטיעוני באי-כוח הצדדים בעל פה, הגעתי לכלל מסקנה כי יש לדחות את הערעור, וכך אציע לחבריי לעשות. על אף שאינני שותפה להנמקתו של בית המשפט המחוזי, סבורתני כי יש להותיר את תוצאת פסק הדין על כנה ולדחות את בקשות האישור – זאת בהתאם לפרשנותן הראויה של הוראות הרישיון של חברות הסלולר. כך בתמצית, וכעת בהרחבה.

עמדת המאסדר וכללי המשפט המינהלי

19. במוקד המחלוקת מצויה פרשנותן של הוראות הרישיונות שהעניק שר התקשורת לחברות הסלולר, והשאלה אם אלו מתירות לחברות הסלולר לגבות תעריפים שונים מלקוחות שהם בעלי מאפיינים דומים. משרד התקשורת סבר שפרשנותה הנכונה של הוראת רישיון הסלולר היא שקיים איסור על כך. בית המשפט המחוזי דחה את עמדת משרד התקשורת, כך ראשית דבר ובעיקר משום שלשיטתו העמדה של משרד התקשורת לא עמדה בכללי המשפט המינהלי כגון חובת השימוע, חובת ההיוועצות, גיבוש תשתית עובדתית וחובת הנמקה.

כאמור אינני תמימת דעים עם הנמקתו זו של בית המשפט המחוזי. ראשית ייאמר, כי נדמה שלא היה מקום להתייחס כמקשה אחת לעמדת משרד התקשורת שהוגשה לבית המשפט המחוזי במסגרת ההליך, ולמכתב ההבהרה מ-2013 שהפנה משרד התקשורת

לחברות הטלקום. כך למשל מתייחס בית המשפט בפסק דינו ל-“עמדה שהביע משרד התקשורת ביחס לסוגייה שעל הפרק (ביום 31.10.13, ביום 13.1.14 וביום 30.4.15)”; **בהמשך** לכך ובקשר למכתב ההבהרה מ-2013, מציין בית המשפט כי זהו “מסמך המודיע על תפנית במדיניות ועל כוונה לפקח ולאכוף את נושא האפליה על פי פרשנות שלא הייתה נהוגה ומקובלת עד אותה עת. ככזו חייב הדבר, מתן זכות שימוע למשיבות שעשויות היו להיפגע ממדיניות זו. שימוע כזה לא נערך, ובכך נפל פגם נוסף בחוות דעת משרד התקשורת”. מבלי לקבוע מסמרות בשאלה, אם מכתב ההבהרה מ-2013 אכן שינה את המצב המשפטי הקיים אם לאו ומה היה ההליך הנכון לגיבושו, ברי כי שאלת חוקיות המכתב אינה מעניינו של הליך זה. פגמים בגיבוש המכתב, ככל שהיו כאלה, אינם משליכים על נכונותה של הפרשנות שנתן משרד התקשורת לרישיון, ואינם יכולים לשמש עילה לפסילת עמדה משפטית שניתנה מאוחר יותר והתבססה על נימוקים עצמאיים.

20. כפי שציין היועץ המשפטי לממשלה בעמדתו בערעורים, יש להבחין בין החלטה מינהלית שמתקבלת על ידי גורם מאסדר, כגון החלטה על הנהגת מדיניות חדשה או החלטה על אכיפה של הוראה קיימת, לבין עמדת מאסדר המוגשת לבית המשפט במסגרת הליך אזרחי שהמאסדר אינו צד לו. פנייה למאסדר לצורך קבלת עמדתו במחלוקת שמתעוררת אגב הליך אזרחי, ובכלל זאת הליך ייצוגי, היא פרקטיקה מקובלת; המאסדר בהיותו מומחה בתחומו הוא בעל ידע מקצועי והיכרות מעמיקה עם התחום שעליו הוא אמון, ועמדתו עשויה לסייע לשפוך אור על המחלוקת שלפני בית המשפט ולהעמיק את הדיון בה (ראו מני רבים: רע"א 4836/21 שליידר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פסקה 18 (20.2.2022); רע"א 7600/19 בירון-ביטון נ' גוטקס מותגים, פסקה 6 (30.12.2019); רע"א 7169/17 פלאפון תקשורת בע"מ נ' פירט, פסקה 10 (3.2.2019); וראו גם: חאלד כבוב, רעות אברהם-גדליה ונדב קליין “המאסדר כידידו של בית המשפט” (טרם פורסם, צפוי לראות אור במהלך 2022)). במילים אחרות, תכליתה של עמדת המאסדר היא לשמש ככלי עזר לבית המשפט בבואו להכריע במחלוקת שהונחה לפתחו, ואינה החלטה מינהלית “רגילה” שמתקבלת על ידי המאסדר.

העמדה שהוגשה לבית המשפט המחוזי בענייננו היא עמדה פרשנית; משרד התקשורת התבקש להביע דעתו אם יש לפרש את הוראות הרישיון כמתירות לחברות התקשורת להציע תעריפים מוזלים ללקוחות מתמקחים או חדשים, או שמא הרישיון אוסר פרקטיקה זו. כאשר המאסדר מתבקש להביע את עמדתו הפרשנית, הוא אינו נדרש ליתן הוראה חדשה – להתיר או לאסור; אלא לפרש הוראה קיימת – לקבוע אם הנורמה הקיימת מתירה או אוסרת. את מלאכת הפרשנות אין מבצעים בהתאם לכללים מינהליים, אלא בהתאם לכללי הפרשנות המקובלים בשיטתנו. ועוד ייאמר, כי בית המשפט אינו מחויב לעמדתו הפרשנית של המאסדר, והוא יכול לאמצה או לדחותה – אולם לשם כך

שומה עליו לבחון את העמדה המוצעת לגופה, בהתאם לכללי הפרשנות; ולא על בסיס הכללים החלים על ההליך המינהלי.

אין בכך כדי להמעיט מחשיבות הליך גיבוש העמדה או לשלול לחלוטין את הרלוונטיות של אמות מידה מינהליות בהקשר זה. כך למשל, אם עמדה פרשנית התקבלה שלא על בסיס תשתית עובדתית מלאה ורלוונטית, יכול הדבר להשפיע על המשקל שיש ליתן לעמדה; כך גם אם העמדה התקבלה ללא התייעצות עם גורמים רלוונטיים. המשקל שיש להעניק לפרמטרים כאלה יכול להשתנות ממקרה למקרה בהתאם לשאלה שהופנתה למאסדר ולנסיבות הקונקרטיות של ההליך. אולם העמידה בכללים מינהליים אינה מהווה "תנאי סף" לקבלת פרשנות המאסדר, ואי עמידה באיזה מהם אין בה כדי לשלול את תקפותה; בכל מקרה יש להידרש לשאלה הפרשנית לגופה, ובנסיבות שבהן הפרשנות לוקה בחסר מבחינה כזו או אחרת, הדבר יכול שיובא בחשבון במסגרת החלטתו של בית המשפט אם לאמץ את פרשנות המאסדר אם לאו.

פרשנותו הראויה של הרישיון

21. משעמדת על כך שלא היה מקום לשלול את עמדת משרד התקשורת על בסיס אי עמידה בכללי המשפט המינהלי, אפנה לבחון אם יש לאמץ את פרשנות משרד התקשורת, או שמא קיימים טעמים אחרים שבגינם יש לדחות את הפרשנות שהוצעה על ידו.

הנחת המוצא היא כי על אף שיש ליתן משקל מסוים לעמדה פרשנית המוצעת על ידי המאסדר, זו אינה סוף פסוק והתפקיד הפרשני הסופי נותר בידי בית המשפט ועליו לבחור מבין הפרשנויות האפשריות את זו הראויה ביותר לשיטתו (דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פסקה 62 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר (4.7.2021) (להלן: דנ"א זליגמן)). זו ההלכה לגבי פרשנות דברי חקיקה ראשית; וכפי שהוברר לאחרונה בפסק הדין ב-דנ"א זליגמן, שיצוין שניתן לאחר פסק דינו של בית המשפט המחוזי, כך גם כאשר עסקינן בפרשנות הוראות מינהליות שניסח המאסדר בעצמו (שם, פסקאות 63, ו-67 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר). עם זאת, יש מקום לקחת בחשבון את העובדה שמדובר במאסדר שמפרש את הוראותיו שלו, וב-דנ"א זליגמן נמנו שורה של שיקולים שיכולים להשליך על המשקל שיש ליתן לעמדת המאסדר במצב כזה. כך, יש לבחון אם הפרשנות המוצעת מטעם המאסדר תואמת את כללי הפרשנות המקובלים; אם העמדה שהציג המאסדר נסמכת על מומחיות טכנית-מקצועית או שמא מדובר בעמדה נורמטיבית; אם קיים חשש שעמדת המאסדר נגועה בכשל רגולטורי; אם העמדה מנומקת ונסמכת על מקורות אובייקטיביים; אם קיימים

מאסדרים נוספים בתחום ואם עמדתם דומה לזו שהוצגה לבית המשפט; ועוד (להרחבה ראו ב-דנ"א זליגמן, פסקה 68 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר).

נמצאנו למדים כי ראשית יש לבחון אם העמדה שהציע משרד התקשורת עומדת בכללי הפרשנות המקובלים. כידוע, נקודת המוצא למלאכת הפרשנות של דבר חקיקה היא לשון הטקסט. מקום שבו לשון החוק נושאת בקרבה מספר משמעויות אפשריות, על הפרשן לבחור את הפרשנות שמגשימה את תכלית החקיקה באופן מיטבי; ואולם, עיקרון יסודי הוא שאין להעניק ללשון משמעות שהטקסט אינו יכול לשאת (אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 84-89 (1993) (להלן: ברק, פרשנות החקיקה); רע"א 9617/16 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' לפינר, פסקה 19 (28.10.2018)). יוער כי על אף שאין מדובר בחקיקה ראשית אלא בנורמה מינהלית, כללי הפרשנות המקובלים חלים גם בעת פרשנותן של נורמות מינהליות, בשינויים המחויבים (ראו דנ"א זליגמן, פסקה 68(א) לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר; להרחבה על ההבדל בין פרשנות חקיקה לבין פרשנות הנחיות מינהליות, ראו: יואב דותן הנחיות מינהליות 442-440 (1996)).

22. נקודת המוצא היא אפוא לשון הרישיון. פסק הדין ועמדת משרד התקשורת התמקדו בלשונו של סעיף 75.3 לרישיון:

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

למקרא עמדת משרד התקשורת עולה שעיקר המשקל הושם על פרשנות המונח "סוגים", כאשר משרד התקשורת מבהיר ש"סלקום רשאת לערוך אבחנה בין סוגי מנויים שונים. בהתאם לכך, אבחנה תעריפית בין מנויים שונים מותרת, ובלבד שהם משתייכים לסוגים שונים של מנויים." זו הייתה גם עמדת היועץ שהונחה לפני בית המשפט המחוזי. מהלך זה מתיישב עם המהלך הפרשני בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, שקבע שהשאלה הדרושה להכרעה היא "האם לקבוצת הלקוחות המתמקחים והחדשים יש מאפיינים ייחודיים, והאם יש טעם סביר להבחין ביניהם".

בשונה מהם, אני סבורה כי המענה למחלוקת שנפלה בין המערערים לחברות הסלולר טמון במונח יציע המופיע ברישא של הסעיף. דומה כי עמדת משרד התקשורת נסמכת על ההנחה שאת המונח יציע יש לפרש כ-יטפק, כלומר שחברת הסלולר מחויבת

להתקשר בסופו של יום עם כלל הלקוחות מאותו סוג בתעריף אחיד (בהתאם לסל השירותים שרכשו) ולספק להם את שירותיה תמורת תעריף אחיד זה. אולם קיים פער בין המשמעות שנתן משרד התקשורת למונח זה ובין הפשט של המונח. הצעה היא אך השלב הראשוני ביחסים החוזיים בין הצדדים, עוד בטרם נכרת החוזה ביניהם; היא נקודת הפתיחה, אך אינה מחייבת בהכרח את התוצאה הסופית שעליה יסכימו הצדדים. על פני הדברים, פרשנותה הלשונית של ההוראה מכוונת לכך שההצעה הראשונית של חברות הסלולר ללקוחות פוטנציאליים תהא אחידה, אך אינה מתייחסת לתעריף שבו יסופק השירות בסופו של יום, לאחר שהצדדים ינהלו משא ומתן וייקבע תעריף מוסכם. לשם השוואה, הרישיון שניתן לחברות השידורים מורה לחברות השידורים לספק את שירותיהן בתנאים שווים; והוא הדין בסעיף 60.2 לרישיון הסלולר, שאליו אתייחס באופן מפורט בהמשך, המורה לחברות הסלולר לספק את שירותיהן בתנאים בלתי מפלים. גם בכך יש כדי ללמד, שכאשר המאסדר רצה להורות על התנאים שבהם יסופק השירות, הוא נקט בלשון מפורשת בעניין זה.

לדידי יש לפרש את החובה הקבועה ברישיון כדלקמן, בוודאי שניתן לפרשה כך: כאשר שני לקוחות פוטנציאליים פונים לחברה ומבקשים לברר מה תהא העלות של סל שירותים מסוים, החברה אינה רשאית להציע להם מחירים שונים ככל שהם משתייכים לאותו "סוג מנויים" – אלא נדרש כי התעריף הבסיסי המוצע לכלל הפונים יהיה אחיד. דרישה זו אין בה כשלעצמה כדי להגביל את האפשרות להגיע לידי הסכמה בדבר מחיר נמוך יותר בהתאם לכוח המיקוח של הפונה, או לנהל משא ומתן להוזלת המחיר בתור לקוח קיים.

23. פרשנות זו מתיישבת עם לשון ההוראה כפשוטה, וגם עם תכליות הרישיון. בהקשר זה יצוין כי הוראות הרישיון בנוסחן היום באו לעולם בשנת 2002, ומשרד התקשורת ציין בהודעתו מיום 22.9.2016 כי אין ביכולתו להתחקות אחר השיקולים שנשקלו בניסוח תנאיו; ועל כן קיים קושי להתחקות אחר כוונתו המקורית של מנסח הרישיון שהיא בבחינת התכלית הסובייקטיבית של הרישיון. עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה בעמדה שהגיש לבית המשפט המחוזי, עמד על כך שתכלית האסדרה היא "להתגבר על בעיה של היעדר שקיפות ופערי המידע בין הצרכן לבין בעל הרישיון", כך שיתאפשר לו להשוות מחירים ולבחור בחירה מושכלת בין התוכניות המוצעות לו. נוסף על כך, ציין היועץ המשפטי לממשלה שהאסדרה מגינה על הצרכן החלש. דומני שהפרשנות המוצעת אכן מקדמת תכליות אלה – חברה אינה יכולה להציע הצעה "מנופחת" ללקוח באופן שרירותי או ממניעים פסולים; והצרכן יכול לערוך השוואת מחירים בין החברות ולקבל החלטה צרכנית מושכלת, זאת על סמך תעריפי הבסיס

שמציעות החברות. בכך הרישיון מגן על לקוחות חלשים שעלולים שלא לזהות הצעות "מנופחות" כאלה, ומקדם את התכליות הצרכניות שעליהן עמד היועץ.

24. פרשנות זו עדיפה גם משום שפגיעתה בחופש החוזים של הצדדים היא פחותה. חופש החוזים הוכר בשיטתנו כזכות יסוד הנגזרת מהאוטונומיה של הפרט ומזכות הקניין (דנ"א 5783/14 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ, פסקה 30 (12.9.2017) (להלן: עניין צמח); בג"ץ 6133/14 גורביץ נ' כנסת ישראל, פסקה נז (26.3.2015); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות חוזה, 78 (2001)). מקובל לראות את חופש החוזים ככולל שני היבטים: חופש ההתקשרות והחופש לעיצוב החוזה. חופש ההתקשרות הוא החופש לבחור את סוג החוזה הרצוי ואת הצד השני להתקשרות, והחופש להחליט אם להתקשר בחוזה; חופש העיצוב הוא החופש הנתון לכל צד לחוזה לעצב את תוכנו, בכפיפות להסכמת הצד השני (ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית, פסקה 23 (6.8.2007); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים, 21 (מהדורה רביעית, 2019)). בענייננו, הפרשנות שאותה מציע משרד התקשורת מגבילה באופן משמעותי את חופש העיצוב של הצדדים, שכן היא מונעת מהם את האפשרות לנהל משא ומתן על היבט משמעותי בחוזה – הוא התעריף שישלם המנוי, ולעצב כרצונם את תנאי החוזה.

אמנם עקרון חופש החוזים אינו מוחלט, והמשפט מגביל את הפרט בתוכנו של החוזה או בדרך כריתתו מקום שהדבר נחוץ על מנת להגן על אינטרסים חשובים אחרים. ההגבלות החלות על חוזים צרכניים, למשל מכוח חוק הגנת הצרכן, הן דוגמה למקרה שבו המשפט מתערב בחוזה שבין הצדדים, וזאת כדי להגן על הצד החלש בהתקשרות – הצרכן (עניין צמח, פסקה 37). עם זאת, כאשר בענייננו הרישיון על פניו מגן על האינטרסים של הצרכן בהיבטים שהם נושא הדיון, וכאשר האיסור על ניהול משא ומתן דווקא מגביל את כוחו של הצרכן ומקשה עליו לשפר את תנאי החוזה – דומה שבהיעדר איסור מפורש בלשון הרישיון, אין מקום להגביל את חופש החוזים של הצדדים כפי שנתבקש בבקשות האישור.

25. עוד יצוין, כי על אף שקיימים הבדלים בין שוקי הסלולר והשידורים, והמאסדרים השונים יכולים לקבוע אחרת בהתאם למאפיינים הייחודיים של השוק וכאשר הדבר נדרש – ישנו יתרון לקביעת הוראות דומות בתחומים אלה. זאת בהינתן שכיום מוצעות חבילות משולבות שונות על ידי חברות המספקות שירותי שידורים, אינטרנט וסלולר כחלק מסל שירותים אחד. המסקנה שאליה הגעתי – בהסתמך על פרשנות הוראות רישיון הסלולר – דומה בעיקריה לאשר נקבע בהחלטת מועצת הכבלים והלוויין בנוגע לשוק השידורים. כך, המועצה החליטה שקיימת חובה לפרסם את

המבצעים המוצעים ללקוחות באתר האינטרנט של החברה, אולם אין חובה לפרסם את מבצעי השימור המוצעים ללקוחות על פי כוח המיקוח שלהם או הטבות ופיצויים הניתנים ללקוחות באופן פרטני.

לנוכח כל האמור מעלה, הגעתי לכלל מסקנה כי יש לפרש את סעיף 75.3 לרישיון כפי שפורט לעיל, דהיינו שהחובה להציע תעריף אחיד תחול בשלב ההצעה ולא תשתרע על פני ההתקשרות כולה. הדברים נאמרים בשים לב למכלול השיקולים והתכליות שעליהם עמדתי בנסיבות ההליך הנדון; ויבואר כי אין בכך כדי לקבוע שהמונח "יציע" לעולם יתייחס לנקודת הפתיחה בלבד וכי לא ייגזרו ממנו חובות על המשך ניהול המשא ומתן וההתקשרות.

26. יוער כי המסקנה שאליה הגעתי מתיישבת עם יתר הוראות הרישיון. סעיף 75.1 לרישיון קובע כי "בעל רישיון יקבע תעריף בעד כל שירות וסל שירותים שהוא נותן למנוייו... בעל הרישיון יודיע למנהל שיעורו של כל תעריף, לפני כניסתו של התעריף לתוקף"; הפרשנות המוצעת לסעיף 75.3 לרישיון משלימה סעיף זה, כאשר סעיף 75.1 עניינו במערכת היחסים שבין בעל הרישיון למאסדר וסעיף 75.3 עניינו במערכת היחסים שבין בעל הרישיון למנוי; בעל הרישיון מחויב בקביעת תעריף אחיד, דיווחו למאסדר, והצעתו באופן אחיד לכלל הלקוחות.

כמו כן, הפרשנות המוצעת אינה עומדת בסתירה להוראות סעיף 76.1 לרישיון הקובעת כי על חברות הסלולר להעמיד לרשות כל מבקש, במשרדי השירות ובמוקדי הפנייה, מידע מלא ומפורט בדבר התעריפים העדכניים לשירותי החברה. החובה להציע תעריף אחיד עולה בקנה אחד עם חובת השקיפות, כאשר התעריפים העדכניים שאליהם מתייחס סעיף זה הם אותם תעריפים שהחברה מציעה ללקוחות ללא משא ומתן, והחברה מחויבת במסירתם לכל מבקש.

27. ועתה, למספר טענות נוספות שהעלו הצדדים. ראשית, המערערים יוצאים מתוך הנחה שהוזלת התעריף שמשלמים הלקוחות המתמקחים באה על חשבונם, ומובילה להעלאת התעריפים שמשלמים יתר המנויים. אולם מצב הדברים עשוי להיות מורכב יותר, כגון כאשר הגידול במספר הלקוחות כתוצאה מ"מבצעי שימור לקוחות" מגדיל את רווחי החברה באופן המאפשר לה להוזיל את התעריפים לכלל הלקוחות או לספק שירותים באיכות גבוהה יותר (ראו והשוו: בג"ץ 2030/12 הדר נ' הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון – משרד האוצר, פסקה 15 (26.2.2013)). מובן שהדבר תלוי במשתנים רבים והנתונים הרלוונטיים לא הובאו לפנינו, על כן איני נדרשת לשאלה זו; אך ספק זה,

כדוגמא, מלמד כי האיסור על ניהול משא ומתן אינו בהכרח מיטיב עם הצרכנים ואינו בהכרח מגשים את תכליות הרישיון בצורה מרבית.

שנית, בנוגע לשיקולי התחרות שעליהם פירט בהרחבה בית המשפט המחוזי, כאשר כל אחד מהצדדים טען לפנינו ששיטתו שלו היא המקדמת את התחרות בשוק הסלולר. החלטת מועצת הכבלים והלוויין התבססה במידה רבה על חוות דעת מטעם רשות התחרות וגופים צרכניים שונים, שהביעו דעתם כי הותרת מבצעי שימור לקוחות ומשא ומתן פרטני עם לקוחות תאפשר לצרכנים ליהנות מהתפתחות התחרות בענף השידורים ותוביל להוזלת מחירים. הצדדים טענו באריכות בכתבי טענותיהם בנוגע לשאלה אם ניתן להקיש מעמדות אלה לשוק הסלולר, אם לאו. חלק מהשיקולים שצוינו בהחלטת המועצה נראים כרלוונטיים גם לשוק הסלולר. כך למשל כתבה הרשות להגנת הצרכן כי "בשוק בו ישנם מעט מתחרים, האפשרות לקיים תחרות אישית, תוך איום בעזיבה, היא אולי הדרך היחידה לקדם תחרות, אף כי מצומצמת"; ועמדתה של רשות התחרות הייתה כי לאיסור על מתן הנחות ללקוחות המאיימים להתנתק "עלולה להיות השלכה שלילית, שכן איסור גורף על מתן הנחות בנסיבות אלה תימנע מציבור הצרכנים הוזלת מחירים הנובעת מהתפתחות תחרות." על פניו, דברים אלה כוחם יפה גם לשוק הסלולר.

אולם שיקולים נוספים שנזכרו בהחלטת מועצת הכבלים והלוויין – למשל מיעוט השחקנים בשוק, חסמי מעבר בין החברות, והעלות הנמוכה של הלקוח השולי – נוגעים למאפיינים של שוק הטלוויזיה, שאין בידי הכלים לקבוע אם הם מתקיימים גם בשוק הסלולר; והוא הדין בנוגע למאפיינים אחרים שייתכן שייחודיים לשוק הסלולר ולא נלקחו בחשבון במסגרת החלטת המועצה. השאלה אם מדובר בפרקטיקה שתועיל לתחרות או תפגע בה היא שאלה סבוכה שדורשת מידה רבה של מומחיות, ואיננו צריכים להכריע בה במסגרת הליך זה. עם זאת ברי כי ככל שמשרד התקשורת יערוך בחינה מקיפה של הנושא, וימצא כי איסור ההתמקחות עדיף מבחינה תחרותית או צרכנית, באפשרותו לתקן את הרישיונות בהתאם בדרך המקובלת לכך בדין (ראו למשל ב-דנ"א זליגמן, פסקה 80 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר).

28. עד כה, התייחסתי בעיקר לשאלת מתן הנחות ללקוחות מתמקחים; אולם חלק מבקשות האישור הופנו גם כלפי ההבחנה בין לקוחות קיימים ובין לקוחות חדשים. ההבחנה בין לקוחות קיימים ללקוחות חדשים נוצרת מאליה, משעה שעל לקוחות קיימים יכולות לחול מגבלות על מעבר בין מסלולים; כך, בהתאם לסעיף 75.4 לרישיון המתייחס למעבר בין מסלולים, ובהתאם ולתנאים שנקבעו לכך בהסכם ההתקשרות שנחתם בין החברה ללקוח. כלומר כאשר חברה מחליטה להציע מסלול זול יותר ללקוחות חדשים, זכותו של לקוח קיים להינות מתנאי המסלול המוזל כפופה למגבלות על מעבר בין

מסלולים שנקבעו בהסכם ההתקשרות; ומאחר שלא נטען לפנינו על ידי מי מהמערערים שאיזה מחברות הסלולר סירבה להעבירם מסלול בניגוד להסכם ההתקשרות, שאלה זו איננה מתעוררת במסגרת ההליך הנדון. שאלה אחרת היא אם בהקשר זה יש מקום להבחין בין לקוחות חוזרים ללקוחות חדשים (שיטת ה-win back שהוזכרה לעיל); אולם בערעורים שנותרו להכרעה לפנינו לא נטען לשימוש בשיטה כזו על ידי חברות הסלולר, ועל כן אותיר שאלה זו לעת מצוא.

29. לבסוף, לא נעלם מעיני כי הטענות בבקשות האישור נסמכו גם על סעיף 60.2 לרישיון, הקובע כי "מבלי לגרוע מהאמור בסעיף 75.3, בעל הרישיון יספק שירות רט"ן וסל שירותים, כהגדרתו בסעיף 73א, לכל מבקש בתנאים שווים ובלתי מפלים ובתעריף בלתי מפלה", ושסעיף זה על פניו תומך בעמדת המערערים וחותר תחת המסקנה שאליה הגעתי. אולם סעיף זה שלא כסעיף 75.3, אינו דורש מהחברות לספק תעריף אחיד, אלא תעריף בלתי מפלה; ויש להניח שלא לשווא בחר המאסדר להשתמש בשני מונחים שונים בהקשר זה, וכי למונחים השונים יש ליתן משמעות שונה (ראו: ע"א 486/85 מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, חיפה נ' החברה החבשית למסחר בע"מ פ"ד מא(2) 402, 415 (1987); כך, כ"תמונת ראי" להנחה שלאותו ביטוי בדבר חקיקה אחד יש ליתן אותו פירוש, וראו לעניין זה: ברק, פרשנות החקיקה 321-322 וההפניות שם). פירושו של דבר, שהדרישה שלא להפלות בתעריפים אינה דרישה לקביעת תעריף אחיד; אלא שהכוונה לטעמי באיסור על אפליה חשודה, על רקע גזע, מגדר, נטייה מינית, וכיוצא באלה.

הטענות בדבר אפליה "לפי מותג" ואפליה "לפי ערוץ התקשרות"

30. כזכור, המערערים ב-ע"א 585/20 טענו שפלאפון מציעה תוכניות שונות באמצעות המותג "פלאפון" והמותג "וואלה! מובייל", ששניהם שייכים לה ומופעלים מכוח אותו רישיון, ובכך היא מבצעת אפליית מחירים על בסיס מותג; וכן נטען שפרטנר מציעה באתר האינטרנט שלה חבילות יקרות יותר מאלו המוצעות במוקדי השירות הטלפוניים או בנקודות המכירה של החברה, ובכך היא מבצעת אפליית מחירים על בסיס ערוץ התקשרות.

כאמור, המסקנה שאלה הגעתי היא כי החובה המוטלת על החברות היא להציע תעריפים ותנאים זהים לכל הלקוחות הפוטנציאליים שפונים אליהן. לא נטען על ידי המערערים שנמנעה מהם האפשרות לרכוש את החבילות הזולות יותר או שאפשרות זו לא הייתה זמינה לכלל הלקוחות באופן שווה. כל עוד התעריף המוצע על ידי המותג הזול יותר, בעניינה של פלאפון, או בערוץ ההתקשרות הזול יותר, בעניינה של פרטנר, זמין

לכל דורש באופן אחיד, איני סבורה שמדובר בהפרה של תנאי הרישיון, כפי שעמדתי על פרשנותם לעיל.

סוף דבר

31. דין הערעורים להידחות ואציע לחבריי שכך ייעשה. כן אציע שהמערערים ב-ע"א 528/20 יישאו בהוצאות המשיבות (סלקום ופלאפון) בסך 30,000 ש"ח כל אחת, וסך הכל 60,000 ש"ח; והמערערים ב-ע"א 585/20 יישאו בהוצאות המשיבות (פלאפון ופרטנר) בסך 30,000 ש"ח כל אחת, וסך הכל 60,000 ש"ח.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימוס):

אני מסכים.

המשנה לנשיאה (בדימוס)

השופט י' אלרון:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ברון.

ניתן היום, ח' בתמוז התשפ"ב (7.7.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימוס)