

מ'כ"ן (ס'פ'צ'יה)



4 אוקטובר, 2018

✓✓

לכבוד
מר נתנאל (נתי) כהן
המנהל הכללי
משרד התקשורת

שלום רב,

הנדון: דו"ח פיקוח משלים לדוח סופי והודעה מעודכנת על כוונה להטיל עיצום כספי בנושא יישום שירות טלפוניה סיטונאית

להלן התייחסות החברה בראייה כוללת, לדו"ח הפיקוח הסופי והדו"ח המשלים לו, ולהודעה המעודכנת בדבר הכוונה להטיל על החברה עיצום כספי בנושא יישום שירות טלפוניה סיטונאית.

נבקש להביא עמדתנו זו במלואה בפני הוועדה המייעצת לעניין עיצומים כספיים, וקודם לכן להישמע בעניין בפני המנהל, בעל פה¹.

א. פתח דבר

1. הטענה העומדת במרכזו של דוח הפיקוח (הסופי והמשלים) היא, כי בזק הפרה את החובה לספק שירות טלפוניה סיטונאי, במתכונת הקבוע בתיק שירות BSA + Telephony אותו חוייבה לספק במסגרת רפורמת השוק הסיטונאי.

בגין הפרה נטענת זו הועבר גם כתב כוונה להטיל עיצום כספי מירבי.

2. אולם, לא יכולה להיות הפרה של הוראה שאינה ישימה מלכתחילה, ולא ניתן לייחס או לקבוע הפרה שכזו. חלקי הרפורמה שהיו ישימים (שירות הפס הרחב, לב הרפורמה ותכליתה) הופעלו במועדם, במאמץ, הירתמות והצלחה חסרי תקדים.

3. בזק הוכיחה כי שירות הטלפוניה הסיטונאי כפי שנקבע בתיק השירותי היה ועודנו בלתי ישים מבחינה טכנית-הנדסית.

1 כך שגם פרוטוקול השימוע יובא בפני הוועדה, כאמור בסעיף 1א37 (י)

2 שירות זה נקבע ללא בדיקה הנדסית מקדימה, נעדר מן הגרסה המקורית לתיק השירות. נעדר מהמלצות ועדת חייק לעניין רפורמת השוק הסיטונאי וממסמך המדיניות של השר שאימץ אותו, ונקבע בחריגה מהם.

בכלל זה הציגה בזק את התימוכין הבאים: מכתב יצרן המתג; מסמך סמנכ"ל טכנולוגיות של בזק וחוו"ד המהנדס פתיר – אשר הראו, כי השירות אינו ניתן ליישום וכי ה"פתרונות" שהציע בשעתו משרד התקשורת (בחוו"ד הנדסית מטעמו שנתנה בדיעבד וללא בחינה עם המומחים למתג) - שגויים ובלתי ישימים.

בזק הציגה, ושבה והציעה למנות מומחה חיצוני, בלתי תלוי. המשרד לא הסכים.

4. לאחר שבבג"צ השתנה המצב הנורמטיבי מנורמה שאינה ישימה (הולסייל במתכונת תיק השירות) לנורמה ישימה (ריסייל) - "מצב חדש" כהגדרת בג"צ – יישמה בזק את הנורמה הישימה מיד כשנקבעה, ובלו"ז אתגרי, במועדה.

5. בהמשך, פנתה בזק למשרד במכתבי תזכורת בהם עמדה על הצורך להבהיר את המשכיות הריסייל. המשרד לא השיב לחברה על מכתביה. הניסיון לכנות את הריסייל בדו"ח המשלים כ"השקעה רכה" לשירות הסיטונאי במתכונתו הבלתי ישימה אינו מתיישב עם עובדות הדברים והתנהלות המשרד. מושג זה (או דומה) לא בא לידי ביטוי במסמך או בפגישה כלשהם, ולא בכדי.

6. בדוח המשלים המשרד כבר לא טוען קטגורית לשימויות על גבי מתג החברה ואף זנח את 3 פתרונות העבר שהוצעו על ידי המשרד ללא בדיקת המתג. לעומת זאת, המשרד מעלה טענה חליפית, לפיה היה על בזק למצוא פתרונות שיאפשרו טלפוניה סיטונאית במתכונת תיק השירות ואם החלפת המתג היא הפתרון היחיד, היה עליה לפעול לכך כבר בשלהי 2014. אלא ש- :

6.1. חובת מתן שירות סיטונאי ניתן להטיל על גבי תשתית קיימת ואין סמכות או צידוק לכפות החלפת תשתית לשם יישום שירות סיטונאי.

6.2. החלטה כזו - לכפות החלפת מתג - היא החלטה אחרת. היא לא עמדה על הפרק, וממילא לא עמדה לשימוע, לא תומחרה ולא נוצר לה מקור סמכות.

6.3. ידוע כי החלפת המתג היא התהליך המורכב ביותר שמבצעת חברת תקשורת, והוא צפוי לארוך (הערכה הנתמכת בראיות ובעמדת מומחה). כך שלא יתכן כי מתכונת תיק השירות או תקופת הריסייל הניחו החלפת מתג.

זאת ועוד, כאשר בהחלטת המשרד לגבי ריסייל למשך שנה נאמר כי במהלך שנה זו תבחן האפשרות להפיכתו להסדר קבע, ברור כי קבלת החלטה שכזו לא מצריכה החלפת מתג (גם אם החלפת המתג היתה עניין שבסמכות המשרד להורות. ולא היא). בנסיבות אלה גם פנתה בזק למשרד חודשים טרם מועד הפקיעה על מנת לוודא את הצורך בהפיכת ההסדר להסדר קבע. המשרד הוא זה שנמנע מלהשיב לבזק במשך חודשים לפנייתה.

7. במישור הפרקטי, החל מיום 1.8.2018 [לאחר שהמשרד לא ענה על מכתבי החברה, ושיגר הודעה על פקיעה ואי הארכה של הריסיל רק כחודש לפני מועד זה] בזק ערוכה לספק שירות טלפוניה סיטונאי, אשר זמין במהותו בהתאם להוראות תיק השירות, השירות מאפשר ללקוחות ספק השירות קבלת שיחות נכנסות ויצירת שיחות יוצאות וכן אספקת כל השירותים הנלווים לשירותי הטלפוניה הבסיסיים (אותם מספקת בזק ללקוחותיה), במחירי השירות הסיטונאי בתקנות.

אולם, דומה כי קידוש המתווה ההנדסי שנקבע ללא בדיקה, מועדף על פני המחות חרף ההבנה כי אינו ישים ובכך משמש כלי בידי מתחרים מסויימים לתימוכין בטענה הנקוממת כי הרפורמה הסיטונאית לא יושמה.

8. בזק אם כן לא בצעה הפרה כלשהי. נהפוך הוא, משהפנו כלפי בזק דרישות ישימות לביצוע היא ביצעה אותן בלוח זמנים שאין לו אח ורע. כך הועמד שירות ריסיל בלוח הזמנים הנדרש, כך הורחב שירות זה, לבקשת המשרד, באופן שיכלול גם שירות סינגל (על אף שהדבר אינו נדרש על פי תיק השירות), וכך יישמה בזק שירות טלפוניה סיטונאי איכותי, ישים הנדסית, הנותן את אותה תוצאה, בעקבות דיונים עם המשרד מיד כיום בו הפסיק המשרד את שירות הריסיל.

9. והעיקר - מדובר בתיק שלא צריך היה לבוא כלל לעולם. מדובר "במחלוקת" הנדסית גרידא שניתן היה לסיימה באופן מהיר לו היה המשרד נאות למנות מומחה בעל שם עולמי לבירור העניין אשר היה מבהיר כי מדובר בדרישה בלתי ישימה. במקום זאת, מסיבות שנראות שלא מן העניין, בחר המשרד להקצין את עמדתו, להמשיך ולהתעקש על קיום דרישה בלתי ישימה, להמציא "פתרונות" עוקפים (שאף הם אינם ישימים) ובעיקר להציג את בזק כמי שמפירה את הוראותיו באופן שהקרין על כל התנהלות המשרד ביחס לבזק.

10. כפי שיובהר במסמך זה, לא ניתן לקבוע כי בזק הפרה את הוראות משרד התקשורת ובוודאי שלא ניתן להטיל עליה עיצום כספי בגין כך. זאת כמובן מעבר לטיעונים לגבי אמות המידע שהופעלו לעניין העיצום והתחשיב, אשר גם אם היתה הפרה (ואין) – קיימים בהם פגמים קשים.

ב. ההפרות הנטענות

11. הואיל וההודעה בדבר הכוונה להטיל עיצומים כספיים על החברה מתבססת על קביעת דו"ח הפיקוח מיום 19.10.2017 ("דוח הפיקוח") והדוח המשלים מיום 8.8.2018 ("הדוח המשלים") לפיה היתה הפרה של החברה, נתייחס במסמך זה תחילה לממצאי דוחות הפיקוח, ובהמשך להודעה על הכוונה להטיל עיצום כספי ולאמות המידה מיום 19.10.2017, ולהודעה המעודכנת מיום 8.8.2018 ("הודעה על כוונה").

11.1. במסגרת ממצאי דו"ח הפיקוח נקבע כי :

"אי אספקת השירות מצד החברה מהווה הפרה של ההוראות המפורטות בסעיף 1 לעיל".

בסעיף 1 לדוח הפיקוח נזכרת החלטת שר התקשורת מיום 17.11.2014, לפיה השר מאמץ את המלצותיו של הדרג המקצועי במשרד, לתקן את רשיון בעלי התשתיות ולקבוע בו את תיק השירות – גישה רחבת פס מנוהלת ושירות טלפוניה סיטונאי, כך ששירות טלפוניה סיטונאי יינתן לאחר תקופת היערכות בתוך 6 חודשים, החל מיום 17.5.2015.

וכן כי :

"החברה נמצאת בהפרה בשל אי יישום ממשקי ה-API לטלפוניה".

11.2. בסיכום דוח הפיקוח נקבע כי :

"החברה הפרה את ההוראות הקבועות בהחלטת השר, ברשיון החברה ובתקנות השימוש בנושא שבנדון".

וממצאי הדוח המשלים הינם כי :

"החברה ממשיכה בהפרת ההוראות שנקבעו ברישיונה ובתיק השירות גם החל מ- 31 ביולי 2018, ואינה מספקת את השירות כנדרש"

11.3. כמו כן שזורות בדוחות עמדות וקביעות של המשרד במסגרת ההתייחסות לטענות של החברה, ובכללן :

11.3.1. בדוח הפיקוח

לעניין אי הישימות, הפתרונות שהציע המשרד והקלות שביישומם :

"גורמי המקצוע במשרד בחנו את טענות החברה אך לא קבלו את טענותיה בדבר אי ישימות מתן השירות"³.

³ סעיף 10ג.

“למעלה מן הצורך המשרד בחן פתרונות ושירותים הקיימים בחברה ומצא כי אלו מעידים על יכולתה של החברה לספק את השירות על בסיס פתרונות אלו ללא עריכת שינויים ברשתה”⁴

“בחוות דעת הנדסית שכתבו מנכ”ל המשרד דאז...נקבע כי ניתן ליישם מספר פתרונות במערכות ההנדסיות של החברה, בתוך מספר שבועות בודדים”⁵

“מנכ”ל המשרד דאז שלח לחברה מכתב ביום 20.4.2015 בדבר באפשרויות לספק את השירות ברשת החברה בהתאמות קלות בלבד, בתוך פרק זמן קצר ובעלויות זניחות”⁶

לעניין המתג: המשרד מחדד מפורשות כי לא קבע שעל החברה להחליף את המתג לשם יישום השירות במתכונת הניתוב ההנדסי שנקבעה בתיק (וזאת בתגובה לטענות חוסר הסמכות של החברה):

“המשרד לא קבע כי על החברה להחליף את המתג שלה לשם אספקת השירות. המשרד קבע את החובה לאספקת השירות והחברה רשאית לפעול בדרך הטובה ביותר מבחינתה לצורך יישום אספקת השירות כל עוד דרך זו תענה על דרישות המשרד”⁷.

וזאת למרות שלגישתו:

“גם אם לעמדת החברה לא ניתן לספק את השירות במערכת הקיימת שלה, עמדה שכאמור לא קיבל המשרד, היה עליה לכל הפחות לקדם מהלך שכן יאפשר את מתן השירות (גם אם באיחור) באמצעות שדרוג המתג או החלפתו”⁸.

11.3.2. בדו”ח המשלים המשרד משנה את מיקוד הטענה לעבר החלפת המתג (כהחלטה של החברה, חלילה לא של המשרד...):

⁴ ש.ס.

⁵ סעיף 11ב.

⁶ סעיף 11ג.

⁷ סעיף 12ד.

⁸ סעיף 11ב.

“נציגי המשרד הבהירו לנציגי בזק כי החלטת המשרד שנקבעה בעבר שרירה וקיימת...למעלה מן הצורך הובהר לבזק כי המשרד הציע בעבר בעת כניסת רפורמת השוק הסיטונאי לחוקף מספר חלופות הנדסיות שלדעת המשרד ניתן לספק באמצעותן את השירות... גם אם לעמדתה של בזק חלופות אלו אינן ישימות – כפי שטענה החברה בפגישה מיום 5 ביולי 2018...אזי אין בכך כדי לפטור את בזק מחובתה לספק את השירות וכל עוד בזק אינה מספקת את השירות כקבוע בתיק השירות הדבר מהווה הפרה.

עוד הובהר לבזק כי תיק השירות נקבע כבר בחודש נובמבר 2014, וכי אם לטענת בזק החלפת המתג היא הפתרון היחיד שמאפשר את אספקת השירות, הרי שהיה עליה לפעול בכיוון זה כבר אז”.

12. בזק תבאר ותוכיח להלן כי היא לא בצעה כל הפרה, כי אין הפרה של נורמה בלתי ישימה. בזק תבאר ותוכיח עוד כי המעבר בדוח המשלים לטיעון המתמקד בהחלפת המתג (חלף טענת ישימות קטגורית ולאחר הבנה על פניו כי 3 הפתרונות שהציע המשרד אינם אפשריים) – אינו יכול להציב את החברה בהפרה, של נורמה שלא ולא יכולה היתה להתקבל ככזו (גם לתפיסת המשרד עצמו).

נדגיש כבר עתה כי שירות טלפוניה סיטונאית (כולל שירותים נלווים) עמד ועומד לרשות ספקי השירות באופן הממלא אחר דרישות תיק השירות, בהבדל אחד הקשור בנייתוב ההנדסי של השיחה, אשר אין לו השפעה על איכות השירות (ולהיפך) או על לקוח השירות. אין חוסר (גם API לטלפוניה קיים תקופה ארוכה, ובצד בזק בלבד). כפי שיומחש בהמשך, האמצעי הפך להיות המטרה והמהות כמו נשתכחה ואבדה.

ג. המישור העקרוני ועמדות הצדדים

13. נושא שירות הטלפוניה הסיטונאית מתנהל, כך נדמה, בשני קווים מקבילים. ואולם העיקר, הוא הגשר שיש ליצור ביניהם:

13.1. **בזק** - התריעה, הסבירה והוכיחה - לאחר שבדקה, חקרה, דרשה ואף התייעצה - כי שירות הטלפוניה הסיטונאית, במתכונת הטכנולוגית של תיק השירות, אינו ניתן ליישום - באשר המתג הייחודי של בזק אינו מאפשר אותו. מיטב אנשי המקצוע – אלו אשר במיוחד מכירים את המתג המדובר, לרבות היצרן – החזיקו ומחזיקים בעמדה מקצועית זו. יובהר כי בשונה משרות BSA, אשר לגבי התקיימו דיונים רבים טרם השקתו, מעולם לא קיים משרד

⁹ סעיף 5 לזוה המשלים.

התקשורת ישיבות עם בזק או עם המתחרים לגבי מודל השירות או תצורתו ההנדסית של מתג בזק ומתן השירות על גביו. **לגבי המודל ההנדסי של שירות BSA התקיימו עשרות שעות דיון. לגבי הטלפוניה - אף לא שעה.**

בתוך כך, בזק נרתמה והביאה לכלל יישום כל חלופה אפשרית שנקבעה או הועלתה – טלפוניה סיטונאית במתכונת מכירה חוזרת (ריסיל) בגזרת אחריות מקסימלית על רכיבי השירות השונים, וכן טלפוניה סיטונאית זהה לזו שבתיק השירות, למעט הניתוב ההנדסי של השיחה שאינו פוגם באיכות השירות (כי אם ההיפך), תוך היענות מירבית לדרישות ספקי השירות למתן שירותים נלווים (לרבות כאלה שהם עצמם אינם מספקים מזה שנים). הכל, חרף העובדה שמדובר בשירות בדעיכה, אשר עתידו כפי הנראה, מאחוריו; על אף ששירות הטלפוניה הוצא מתכולת השירותים הסיטונאיים בעולם (אם היה שם מלכתחילה, ובמתכונת שונה!) ולמרות שקיימות לספקי השירות חלופות פעילות איכותיות למתן שירות טלפוניה, בהן אלטרנטיבה חינוכית על גבי רשת בזק.

13.2. **הרגולטור – מלכתחילה, כאשר שר התקשורת אימץ את המלצות ועדת חייק לעניין רפורמת השוק הסיטונאי (אשר כונתה "רפורמת הפס הרחב"), שירותי טלפוניה סיטונאית לא נכללו באימוץ או בהמלצות עצמן. גם בתיק השירות המקורי שפרסם המשרד לשימוע המרכזי – לא נכלל שירות טלפוניה כאמור. להיפך, בתיק השירות נקבעה רמת שירות גבוהה בשירות BSA לצרכי טלפוניה על גבי רשת האינטרנט (VOB). ואולם, במהלך נחפו, נכלל שירות הטלפוניה הסיטונאית רק בגרסה הבאה של תיק שירות BSA, וזאת, תוך פירוט תפעולי מינימאלי וללא בדיקה מקדימה ודיונים מקצועיים כמתחייב. מאז, כמסמך ללא ראש שנעץ ואינו ניתן לעקירה, מאלץ המהלך המתואר - הן את משרד התקשורת והן את בזק להתנהל ולהלך סביבו. כמסמך זה נמחיש כי הגיעה העת להביט במציאות נכוחה ולהכיר בטעות. בזק שילמה עד כה מחיר יקר במישורים רבים, בשל קביעה שנעשתה בהסתמך על הנחות מוטעות.**

לא ניתן לפעול עוד בקווים מקבילים. הגיעה העת לרגולטור לעשות את הצעד ההכרחי, לחצות את הגשר, לקשר בין דרישותיו לבין המציאות ההנדסית, ולהכיר בכך שבזק עשתה כל שלאל ידה לקדם פתרונות ישימים - מעל ומעבר לכל שחקן אחר במגרש.

14. **ניתן לראות, כי הדוח המשלים והאירועים שמאז דוח הפיקוח מחדדים ביתר שאת את העובדה שהמשרד אינו טוען עוד כי שירות הטלפוניה הסיטונאית ישים על המתג של בזק ואינו עומד עוד מאחורי ה"פתרונות" שהציע בעבר וכי דבר לא נותר פתוח בעניין זה.**

בענייננו, אם כן, באה לכלל ביטוי המסקנה כי השגיאות הגדולות ביותר נובעות מאשליית הידיעה. שכן, בהתבסס על ה"ידיעה" של המשרד ש"מתג הוא מתג" ושאינו כל צורך להכיר את המתג הספציפי של בזק, נבנתה תיאוריה עיקשת של ישימות. בהסתמך על "ידיעה" זו יוחסה גם פרקטיקה השוואתית של ישימות בעולם. אולם, מדובר במתג ייחודי (כפי שהוכח גם ממקורות חיצוניים)

ששולל את הידיעה" ואת המסקנות הנגזרות ממנה והיה על המשרד להיכנס לנבכיה ופרטיה של הסוגיה, ולא להסתפק במבט-על תיאורטי.

15. עתה משנזנחה הטענה בדבר ישימות שירות הטלפוניה על המתג הקיים, מסתמנת בדוח המשלים התמקדות בטענה חלופית, ולפיה:

"החלטת המשרד שנקבעה בעבר שרירה וקיימת, ולפיה על בוק לספק את השירות ועליה מוטלת למצוא את האופן שבו ניתן לעשות זאת".

אך,

"אם לטענת בוק החלפת המתג היא הפתרון היחיד שמאפשר את אספקת השירות, הרי שהיה עליה לפעול בכיוון כבר אז"¹⁰.

אלא שהחלטת המשרד - השרירה והקיימת - התקבלה ויכולה היתה להתקבל רק לגבי המתג הקיים. החלטה כאמור לא קבעה, לדברי המשרד עצמו, החלפת מתג לצורך מתן שירות סיטונאי בתצורה מסויימת מאוד.

ד. התייחסות לקביעות הדוח - סוגית המתג

16. אנו רואים לנכון להתחיל מן הסוף ולהסביר מדוע שינוי מיקוד הטיעון למקום של חובת החלפת מתג לצורך מימוש שירות סיטונאי בתצורה מסויימת, אינו תומך בטענת ההפרה כלפי בוק (לאחר שטענות הישימות על גבי המתג הקיים וקלות היישום של 3 הפתרונות – קרסו).

לכאורה מדובר בטענה שובת לב: חובת השירות הסיטונאי נקבעה (ובתצורה מסויימת דווקא); בוק מחוייבת ליישם; אם ניתן ליישם על גבי המתג הקיים - מה טוב, אם לא - תואיל נא בוק להחליפו. הרגולטור קובע חובת שירות ואינו מטריד עצמו בבחינת הדרך.

בפועל - התצורה המסויימת נקבעה ללא בדיקה, כאשר לאורך כל הדרך הנחת הבסיס של הרגולטור היתה שתצורה זו ישימה על גבי המתג הקיים - הנחה בה אחז על אף הסבריה המקצועיים של החברה וחוות דעת מומחים שהציגה - ועל כן סומנה החברה כמפירה, כל זאת במקביל להודעה מטעם המדינה לבג"צ על הליכה למתווה חלופי, זמני. הנחת הבסיס הזו לא השתנתה גם ערב הדוח המשלים, וביום 5.7.2018 התבקשה החברה להסביר ולהפריך את טענת הישימות.

¹⁰ סעיף 5 לדוח המשלים, המתאר את הנאמר בפגישה שבין נציגי המשרד לנציגי החברה מיום 5.7.2018

כל זאת, משום שגם אליבא המשרד החלפת המתג איננה ולא יכולה להיות חלק מן הקביעה או החובה המוטלת על בזק, ולכן הקפיד המשרד הקפד היטב שלא לטעון כי הורה לחברה להחליף את המתג.

17. החלפת המתג איננה ולא יכולה להיות חלק מן הקביעה או החובה למתן השירות הסיטונאי

הן במישור העובדתי והן במישור הקונספטואלי-משפטי ברור כי חובת השירות הסיטונאי - החובה לפתוח את הרשת לאחרים במחיר כפוי - חלה ביחס לרשת הקיימת, ולענייננו אינה קובעת ואינה יכולה לקבוע חובה להחלפת המתג המהווה את אחד המרכיבים המרכזיים ברשת.

17.1. החלפת מתג איננה "התאמה" של הרשת לצורך מסויים. החלפת מתג היא ההליך המורכב ביותר שחברת תקשורת מבצעת, הליך יקר, עתיר זמן ומשאבים הנוגע בכל מנוי וכל מערכת.

17.2. חובת שירות סיטונאי, קרי - החובה לפתוח את הרשת למתחרים במחיר כפוי, מהווה פגיעה קניינית ברורה. ככזו - היא צריכה שיהיה לה מקור סמכות מן החקיקה, לתכלית ראויה ומידתית. אין חולק כי תחרות היא תכלית ראויה. אין חולק גם כי יש לבחור בדרך הפחות פוגענית ליישום החובה - החלפת מתג איננה עונה על כך.

ובאשר לסמכות: מעבר לכך ששירות סיטונאי, בהגדרה, שואב את הצידוק לכפייתו מן הקיים (הרשת שיש ל - Incumbent ואין לספק השירות), הרי שסעיף 5 לחוק התקשורת עוסק כולו בחיוב לספק שירותים ברשת בזק ציבורית קיימת ובמתקן בזק קיים. אין במקור הסמכות האמור דרישה או חובה להקים את המתקן לשם כך, או להחליף את הרשת. אין ולא ניתן להמציאה. ודאי לא כשמדובר בפגיעה בזכות קניין או בהפקעה.

17.3. המשרד מודע היטב לבעייתיות שבדרישה להחלפת מתג ולכן הוא נמנע מכך במודע, והדברים שזורים בכל התנהלותו של המשרד לאורך השנים - לדוגמא:

- העובדה שמהלך יקר כאמור לא הובא בחשבון במודל תמחור השירות;
- העובדה שמהלך עתיר זמן שכזה לא הובא בחשבון בלוי"ז השירות הסיטונאי (לטובת יישום השירות נקצבה היערכות של חצי שנה).
- העובדה שסוגיה כה מהותית בכל היבט לא הועמדה כלל לשימוע, מלמדת שלא התקיימה בחינה מתחייבת לכפיית מהלך שכזה, של אלטרנטיבות מידתיות;

- הדברים עולים ברורות בהנהרתו המפורשת בדוח הפיקוח" - תשובה שניתנה במענה לטענת החברה כי המשרד אינו מוסמך להורות על החלפת המתג;

- הדברים עולים מדבקותו של המשרד בטענת הישימות (שבהמשך יובהר כי הופרכה לחלוטין) והרי, מה הטעם בהתעקשות זו אם ממילא קיימת לבזק חובה להחליף את המתג?

כל אלה מעידים אלפי מונים כי החלפת המתג לא היתה חלק מן ההחלטה. מדובר בעניין מהותי שאינו ניתן לשינוי או מירוק בדיעבד.

17.4. משלא נקבעה חובה להחליף את המתג, ודאי שלא ניתן להחילה מכללא, "על הדרך", לקרוא אותה אל תוך ההחלטה לספק שירות סיטונאי, והיא אינה גלומה בה. האמירה כי "בזק היתה רשאית להחליף את המתג אם זו הדרך היחידה" אינה רלוונטית ואינה יכולה להתגבר על כל החוסרים שנמנו לעיל (היא לא יכולה לשנות את המודל התמחירי, להחליף את השימוע שלא קויים בזה שקויים, לייצר סמכות וכו').

נעיר, כי בדוח הפיקוח נאמר כי בזק ממילא היתה צריכה להחליף את המתג בשנת 2016. ואולם – המשרד מבסס "מסקנתו" זו על פחת חשבונאי שאינו רלוונטי לעניינו, ואף הוא עצמו אינו עקבי עם טענתו זו וקובע באותה נשימה כי לוח הזמנים ליישום הוא בשנת 2015.

החלפת מתג אינה מהלך רגיל! החלפת מתג אינה עניין שניתן להלך בו בדרכים עקלקלות ואי אפשר להחזיק בכל סט הטיעונים המתחלפים, הסותרים זה את זה, ולבסס עליהם קביעה כי היתה הפרה.

18. מה בין שירות טלפוניה סיטונאית ישים על גבי המתג הקיים לבין שירות שנדרשת לו החלפת מתג

18.1. ראשית נחזק בהקשר זה, כי בגישה לפיה על החברה למצוא פתרונות למתן השירות יש כמובן הגיון רב. בזק אכן מצאה מספר דרכים לספק שירות טלפוניה מלא, כולל שירותים נלווים ומענה לדרישות ספציפיות שהעלו ספקי השירות, על גבי הרשת הקיימת. אבל עד כה הליך הפיקוח אינו נותן משקל לכל אלה או לשורה התחתונה. הליך הפיקוח, כמו גם השאלה היחידה שהפנה המשרד לספקי השירות, נצמדו למתן שירות הטלפוניה בניתוב הנדסי מסויים. נציין, כי את שירות הטלפוניה הסיטונאי (דקות שיחה) ניתן לספק ללא החלפת מתג עם אותן פונקציות, ללא הניתוב ההנדסי הדווקני.

18.2. נדגיש כי חוותית הלקוח הסיטונאי אינה מושפעת מן ניתוב השיחה ההנדסי. יתרה מכך, נזכיר כי אחד ההבדלים שספקי השירות ציירו כפער מהותי ביותר בין טלפונית VOB לבין טלפוניה של בזק, ואשר הזין את העילה לחייב טלפוניה סיטונאית חרף קיומה של טלפונית VOB (חינמית על גבי רשת בזק) - היה המשכיות השירות (של בזק) בעת הפסקת חשמל. תכונה זו ניתנת ללקוחות הסיטונאים גם בתצורת השירות הסיטונאי שמעמידה בזק ברשת הנוכחית. קיימים ממשקים שמקנים לספק השירות את השליטה הנדרשת בשירות. השירותים הנלווים מסופקים, גם אלה אשר כאמור לא מסופקים בשוטף על ידי ספקי השירות עצמם.

18.3. עתה, אף אם נניח כי היתה סמכות (ואין), ברור כי ההבדלים הללו אינם יכולים להצדיק כפיית החלפת המתג, בכלל ובמונחי מידתיות בפרט. למעלה מן הצורך נחזור ונזכיר את שהבהירה החברה - כי כאשר המתג יוחלף, דרישות תיק השירות יוטמעו בו כבר בשלב האפיון.

19. כפי שעולה מן המקובץ, מתבקש לברור עיקר מטפל. דרך ההיצמדות העיקשת לפסקה כתובה אחת בתיק השירות, שמנותקת מהכרת הרשת או המתג הספציפי, אבדה המהות. מעבר לפן הקונספטואלי ולטיעונים המשפטיים/ כלכליים - ברמה הפרקטית, ובמבחינת עלות תועלת, הרי שמזמן היה הגיוני יותר לעשות שימוש בשירותים שהעמידה בזק, במקום העיסוק חסר הפרופורציות בניואנס ההנדסי. אלא אם כל ערכו של הניואנס הוא בהיותו כלי שרת בידיהם של ספקים מסויימים לטענה כי הרפורמה אינה מיושמת.

מכל מקום, קביעה של חובה להחליף את המתג לא היתה ולא יכולה היתה להיות. קריאת חובה שכזו מכללא לתוך החובה לספק שירות סיטונאי ודאי אינה אפשרית ואינה כדין. שירות טלפוניה סיטונאית שעומד במהותו בתיק השירות זמין לספקי השירות. הפרה לעניין אי החלפת המתג - ודאי לא קיימת.

ה. התייחסות לדוח הפיקוח – ישימות וחלופות

20. לאחר שהובהר לעיל העדרן של חובה, או קביעה או הפרה בקשר עם החלפת המתג, נפנה להתמודדות עם הקביעות המקוריות באשר לישימות וייחוס החפרה כגינה.

דוח הפיקוח עורר תחושה קשה של "מעשה מעושה", שכן נעדרו ממנו בדיקה ודרישה של כלל העובדות, הנסיבות והשינויים הצריכים לעניין, לצד פתיחות ויכולת מתבקשת להכיר גם בשגיאות עצמיות. יתרה מכך, דוח זה הציג מסקנות נוקבות, "ידועות" מראש. זאת, כך נדמה, בשל התחפרות בעמדה עמה הלך המשרד רחוק מדי (אולי) מכדי לסגת, באופן שבו כל אשר החברה אמרה, עשתה, והוכיחה הוביל מבחינת המשרד עדיין לאותה תוצאה, בבחינת כרוניקה של הפרה כתובה מראש.

21. דומה, כי המסקנה טמונה כבר בדרך ניסוח השאלה והפנייתה לספקי השירות: פעולות הפיקוח שהן הבסיס לדוחות, התמצו בפניות דוא"ל לספקיות השירות ולבזק בשאלה אחת ויחידה, המביאה לתשובה יחידה לכאורה:

21.1. האחת ביום 17.5.2015 בשאלה "האם השירות מסופק בהתאם לקבוע בהחלטת השר והרישיון". תשובת בזק לפיה "לא ניתן לספק את שירותי הטלפוניה הסיטונאיים" בהתאם למתווה הטכנולוגי בתיק השירות היתה ידועה וברורה למשרד עוד בטרם שוגר המייל. שהרי במהלך החודש שקדם לתחילת אספקת השרות קיים המשרד (בעקבות החלטת בג"צ) מספר פגישות עם בזק בכל הדרגים, בהם הוצגה מתכונת השרות, נשלחו על ידי בזק למשרד מצגות ומסמכים.

21.2. ובפעם השנייה על פי הדו"ח המשלים – השאלה בהליך הפיקוח שננקט נוסחה: "האם חברת בזק העמידה לרשות חברתכם החל מהיום, 1/08/2018, את שירות הטלפוניה הסיטונאי בהתאם להוראות תיק השירות BSA-Bit Stream Access+ Telephony". ספקיות השירות היחידות שנשאלו, מיהרו להשיב כי: "שירות הטלפוניה הסיטונאי לא הועמד לרשותנו, ובזק אף לא פנתה אלינו על מנת לקיים דיון בעניין" (סלקום) וכי: "חברת בזק לא העמידה לרשותנו את שירות הטלפוניה הסיטונאי הקבוע בתיק השירות. אנו נפגשנו עם נציגי בזק ביום 25.7.2018 ובפגישה זו בזק סירבה לפרט מתי בדעתה ליישם את הוראות תיק השירות". (פרטנר).

החברות לא נשאלו האם הן עושות שימוש בשירות שבזק מציעה, ואם לא – מדוע לא? מדובר בשאלות מתבקשות לאור מטרות הרפורמה. אי שאילתן אומרת דרשני: האם המשרד כיוון את המפעילות לתשובה מסוימת? האם הימנעות המשרד משאילתן מצביעה על כך שהמשרד העניק חשיבות מוחלטת לניתוב ההנדסי ואינו מעניק משמעות כלשהי לשירות עצמו ולהשפעתו על השוק?

זאת במיוחד בשים לב לכך שהמשרד ידע באורח מדויק את פרטי מתכונת השרות שבזק מספקת, שהרי אלו הוצגו להנהלת המשרד ימים ספורים קודם לכן בהרחבה, על ידי סמנכ"ל הטכנולוגיות של החברה.

כך, לנוכח שאלות ותשובות אלו, זר לא יכול היה לשער דבר שהמתרחש בחודשים האחרונים (או בכלל). אותו הבדל בניתוב הנדסי בין מתווה תיק השירות לבין השירות שהציעה בזק – הפך חזות הכל. הכידול שמאפשר לספקיות להשיב "לא" לשאלת "כן או לא", בלי להיחשב כמי שאינן דוברות אמת. השורה התחתונה לפיה בזק ערוכה לספק החל מיום 1.8.2018 גם את שירות הטלפוניה הסיטונאי (כולל שירותים נלווים), אשר זמין במהותו בהתאם להוראות תיק השירות ובתעריף שנקבע בתקנות לשירות טלפוניה סיטונאית – כאילו אינה רלוונטית. כמוה גם העובדה כי לבקשת המשרד בזק בצעה את כל ההכנות הנדרשות לאספקת השירות, לרבות ביצוע הגדרות והתאמות במערכות ופנתה לספקי השירות על מנת שיעשו כן, לרבות לאחר משלוח אפיון מתאים לממשק

הממוכן שהופץ לספקיות. זאת ועוד, נספח מעודכן לתיק שרות הועבר על ידי בזק בהמשך לפגישות עם הספקים ולבקשותיהם, וכלל הרחבות שנדרשו ליישום וכן תוספות שהתבקשו.

כך, בדוח המשלים, במקום לתת את המשקל המתבקש למהות, לכל אותן אופציות פתוחות בפני ספקי השירות ולקוחותיהן, ההתמקדות היא בפער ההנדסי שהיה ידוע וברור כל העת. מבחן התוצאה נסוג מפני הנתיב (או הנרטיב) ההנדסי המסוים.

22. השתלשלות העניינים

דו"ח הפיקוח מתייחס¹² באופן כרונולוגי לאבני הדרך ולרצף האירועים (כפי שהוצגו גם על ידי החברה בהתייחסותה לדוח הפיקוח הראשון), אך למעשה הוא אינו מתמודד עם המסקנות או הטענות הנגזרות מהם. לפיכך, **תיאור השתלשלות העניינים כהווייתם** בקשר עם דפורמת השוק הסיטונאי ושירות הטלפוניה הסיטונאית, חשוב לראיית התמונה בכללותה **ולהמחשה כי** מדובר במתכונת שאינה ישימה, ועם זאת, "על הנייר" נותרה התעקשות ליישם פתרון בלתי ישים.

22.1. נסיבות הכללת השירות בתיק וחזקת הישימות:

בדו"ח הפיקוח דחה המשרד את טענות החברה, כאשר הוא נצמד לנרטיב לפיו שירות הטלפוניה הסיטונאי נכלל עוד בשנת 2013 בשימוע לעניין רשימת השירותים, **ובתיקי השירותים**, וכי אין מדובר בטעות אלא בכוונת מכוון לצורך **השגת תכלית הרפורמה**. בתוך כך מדלג המשרד¹³ על מספר סתירות עובדתיות וכרונולוגיות, שהעיקרית שבהן היא **העובדה ששירות הטלפוניה במתכונתו נשוא דוח הפיקוח, לא מצא מקומו בתיק השירות המקורי (BSA-Bit Stream Access)** שהפיץ המשרד בשימוע הראשון - המרכזי, מינואר 2014, **לאחר פרסום רשימת השירותים הסיטונאיים**. רק בשימוע מאוגוסט 2014 שונה תיק השירות וכלל שירותי טלפוניה סיטונאית (במתכונת שאינה ישימה). לעומת זאת, תיק השירות המקורי כבר כלל רמת שירות גבוהה כמיוחד לצורך שירות הטלפוניה הקיים, בתצורת VOB.

אין עוררין, **ודוח הפיקוח לא הצליח לסתור את העובדה**, ששירות הטלפוניה הסיטונאי נכלל ברפורמה בחופזה, ללא היכרות המתג הייחודי של בזק, וללא עריכת בדיקה מקצועית מוקדמת מצד משרד התקשורת מול בזק. המשרד מציין, בסעיף 10א לדוח הפיקוח, כי להחלטה שנתקבלה ביום שבו עזב את המשרד, **"קדמו שימועים, בכתב ובעל פה, שאלות הבהרה ודיונים מעמיקים שקדמו להחלטת השר"**. ואולם שירות הטלפוניה הסיטונאית לא עלה בדיוני השולחן העגול שהתקיימו במשרד בעניין תיק שירות BSA (חמישה לפחות), או

¹² סעיפים 8 עד 12 לדוח הפיקוח.

¹³ ראו סעיף 8 לדו"ח הפיקוח.

בטיטוטות תיקי השירות שביקשו סלקום ופרטנר. כאמור גם בשימוע הראשי, הראשון, שירות הטלפוניה הסיטונאית כלל לא נכלל בתיק השירות, כך שאף שמו של תיק השירות שונה בדיעבד.

ברקע התנהלות המשרד וגם בדוח הפיקוח עומדת "חזקת הישימות" של השירות במתכונת אותה קבע המשרד. בזמן אמת, טרם קבלת החלטה – לא גיבה המשרד את "חזקת הישימות" בשום חוות דעת הנדסית מקצועית תומכת.

בדו"ח הפיקוח מציין המשרד כי **בזק שלחה "25 מכתבים" בנושא זה למשרד.** אכן החברה היתה עיקשת בהכרח ובחובה שראתה להתריע מבעוד מועד אודות אי הישימות, על מנת שלא תיקבע מתכונת שלא ניתן לעמוד בה.¹⁴ המשרד אינו מאזכר את המנהג שסיגל בשעתו, שלא לענות על מכתבים רבים של החברה (מנהג שחייב תזכורות וחזרות והוא כשלעצמו מעיד על העדר שימוע אמיתי).

ואם בספירת מלאי עסקינן, הרי שגם היא מובילה לאותה מסקנה, כי בפני המשרד לא עמדה תשתית מקצועית מינימלית, בוודאי לא נאותה, להכללה הראשונית של הטלפוניה בשוק הסיטונאי ולקביעה שאספקת השירות אפשרית על גבי הרשת הקיימת. כל חוות הדעת של המשרד ניתנו בדיעבד, רק בעקבות הלחץ מבג"צ, ולשם הצדקת התנהלותו של המשרד.

מצב זה משתקף גם מהניסוחים הפתלתלים באותן חוות דעת בדיעבד של גורמי המשרד, אשר מנסים ליצור את הרושם שהשירות אפשרי על גבי הרשת הקיימת. בעוד למעשה הם מדברים על הצורך לפתח רשת אחרת, בלי לבחון האם הדבר אפשרי. הם פשוט מניחים כי אותם אנשי מקצוע בבזק שאת דעתם הם אינם מוכנים לשמוע, ידעו לפתור כל בעיה שיוצר המשרד או ליישם כל תאוריה שהוגה. כלומר, אליבא המשרד, לעניין המצב הקיים - דעתה של בזק אינה נחשבת; אבל לעניין המצב הרצוי - אין מומחית גדולה ממנה.

כפי שבזק הסבירה למשרד, כאמור מבעוד מועד, בשל מגבלות הנדסיות אובייקטיביות של המתג הייחודי שברשותה אספקת שירות טלפוניה סיטונאי במתכונת שנקבעה, פשוט אינה ישימה על גבי המערכת הקיימת של בזק.

¹⁴ ראו למשל - לאחר שבשימוע המשני מאוגוסט 2014 הובהרה מתכונת הספקת השירות כשנכללה בתיק השירות:

30.9.2014 – מסמך הנדסי – סמנכ"ל טכנולוגיות ורשת דאז, יובל קינן (צורף למענה בזק לשימוע, נספח ד'); מכתב מיום; 2.11.2014; 22.12.2014 – מסמך יצרן המתג; 14.4.2015 – מענה הנדסי לשאלות משרד התקשורת בעקבות פגישות עימם; 26.4.2015 – מסמך הנדסי – סמנכ"ל טכנולוגיות ורשת דאז, כמענה למסמך 3 הפתרונות של ברגר; 30.4.2015 – פניית בזק - חזרה על ההצעה למינוי מומחה; 6.5.2015 – מכתב תזכורת בגין אי מענה למסמך ההנדסי ולהצעה למנות מומחה; 21.5.2015 מכתב החברה (בתגובה למכתב מנכ"ל המשרד דאז מיום 20.5.2015); 25.5.2015 – חו"ד המהנדס פתיר מצורפת להודעת החברה לבג"צ; 25.5.2015 – תגובת החברה לחו"ד רוזן כפי שצורפה לתגובת החברה לעמדת המפעילים בבג"צ.

22.2. ההליך בבג"צ

22.2.1. בעתירה שהגישה בזק ביום 29.12.2014 כנגד החלטת השר, נטען בין היתר, כי הרשת הקיימת של בזק אינה יכולה לספק שירותי טלפוניה סיטונאיים, כמתכונת שנקבעה בתיק השירות¹⁵. בזק הבהירה, כי "הנחות היסוד של משרד התקשורת, כפי שפורטו בחוות הדעת ההנדסית שצורפה להחלטה, אינן תואמות את המציאות בפועל ואינן רלוונטיות נוכח מאפייני הרשת". בהקשר זה צירפה בזק לעתירתה מכתב של יצרן המערכת שלה, בו הובהר באופן ברור וחד-משמעי כי הרשת הקיימת אינה תומכת בשירותי הטלפוניה במסגרת השוק הסיטונאי¹⁶.

בהקשר זה – היאחזותו של המשרד בעובדה שבזק לא בקשה צו ביניים מעוררת פליאה – הרי מדובר בעניין בינארי – ניתן ליישום או לא ניתן ליישום¹⁷. הדבר אינו תלוי בהענקתו של צו כזה או אחר.

22.2.2. טענות בזק בבג"צ נפלו על אוזניים קשובות. באופן חריג, על אף שכרוב רובם של המקרים נמנע בג"צ מהתערבות בנושאים בעלי אופי מקצועי מובהק, ובפרט אופי טכני-הנדסי, הורה בג"צ למשרד התקשורת ולבזק לקיים "שולחן עגול" (החלטה מיום 25 במרץ 2015), שבו תיבחן, בין היתר, סוגיית אי הישימות. בהחלטה זו צוין, בין היתר לגבי סוגיית אי-הישימות, כי יתכן שלטענות בזק יש "השלכה בתחום הסביבות ... אשר שמא ראוי להידרש לטענות העותרת לגביהן". לכל מי שמצוי ברוי הדיונים בבג"צ, ובוודאי לכל מי שנכח באולם בעת הדיונים, ברור כי מדובר בהחלטה חריגה, המשקפת מורת רוח של השופטים מההליך ומתוצאותיו¹⁸, לצד מגבלותיו של בית המשפט נוכח אי יכולתו להחליף את דרגי המקצוע בעבודתם, גם אם ירצה בכך.

22.2.3. דיוני השולחן העגול, שלושה "פתרונות"

בדיוני השולחן העגול (כפי שתואר כמענה לדוח הראשון) התאפיינה התנהלות המשרד, לאכזבתה של בזק, בכוחניות ושרירותיות. כך, בין היתר, סרב המשרד

15 ראו פרק יז.5 לעתירה.

16 "The system does not comply with the new regulatory requirements, as we understand them, and in addition, none of the tailored services that were developed for Bezeq support wholesale. Some of the implications for supporting wholesale are full HW replacement and a major overhaul of the SW"

17 והאמור רלוונטי גם לטענות המשרד בסעיף 11.

18 מוזר, כי למרות זאת, נחרף השינוי שהמשרד עצמו עשה, נטען לאורך הדוח הסופי באופן גורף (ראו למשל סעיף 10) כי בג"ץ דחה/לא קיבל את טענות החברה.

לקיים דיון בהערות החברה מחד ומאידך העלה שאלות כלליות על תכונות שונות של הרשת ואופן פעולתה ועל שירותים שונים שמספקת בזק. אולם, המשרד לא דן כלל בשאלה העיקרית - האם הרשת הקיימת של בזק אכן יכולה לספק את שירות הטלפוניה הסיטונאי במתכונת שקבע משרד התקשורת.

בהקשר זה נציין, כי המשרד טוען בדוח הפיקוח (סעיפים 10ג. ו-11ג.) שאין זה מתפקידו להיכנס למעגל ההנדסי ולקבוע כיצד יינתן השירות או למצוא פתרונות ליישומו. לשיטתו, המשרד קובע חובה ובזק צריכה "להפוך עולמות" על מנת לקיימה. מדובר בטיעון משונה, שלא לומר מעגלי, בשים לב להתנהלות המשרד. ראשית קובע המשרד חובה מבלי לוודא כי ניתן לבצעה - והרי מדובר בסוגיה תפעולית שלא ניתן לקבוע מסמרות בעניינה בלי לברר במה כרוך יישומה, אם בכלל (אכן, לא מצופה מן המשרד להיכנס לתפריטי יישום הנדסיים, אלא לוודא עם אנשי המקצוע כי ניתן) - ואולם אחר כך, באורח שאינו עקבי עם גישתו הנ"ל, המשרד התיימר לעשות הרבה יותר מכניסה למעגל ההנדסי - המשרד טען קבל עם ועדה, כי "לאחר בחינת טענות בזק, עולה כי מתן שירותי טלפוניה סיטונאי אפשרי ברשת בזק, בהתאמות קלות בלבד, תוך פרק זמן קצר ובעלויות זניחות". המשרד גם פרט (במכתבו מיום 20.4.2015) "שלוש אפשרויות הנדסיות שמצא המשרד למתן השירות האמור ברשת הקיימת של בזק בהתבסס על יישומים קיימים בה, והניתנים, להערכת המשרד ליישום תוך פרק זמן קצר ובעלויות זניחות". כלומר - לא רק שהמשרד העלה בחכתו 3 פתרונות הנדסיים, אלא שהללו אליבא המשרד כה קלים לביצוע, ונטולי משאבים ממש.

ועוד בהמשך, למרות שהמשרד לדבריו לא נכנס למעגל ההנדסי, הוא ידע לפסול לכאורה את תשובותיהם המנומקות של אנשי המקצוע בבזק, למשל - מכתב החברה מיום 26.4.2015, בו הוסבר כי ה"פתרונות" אשר הציג המשרד אינם פותרים את בעיית אי-הישימות ואינם מאפשרים לספק שירותי טלפוניה סיטונאיים על גבי הרשת הקיימת של בזק, וכי הם אינם מתאימים למתכונת אספקת השירותים שנקבעה בתיק השירות. למכתבה של בזק צורף מכתבו המפורט של סמנכ"ל טכנולוגיות ורשת.

כפי שניתן להיווכח בנקל, קיים פער בלתי נתפס, בין הסיסמאות ("התאמות קלות", "זמן קצר", "עלויות זניחות") לבין חוסר היכולת לתרגמן לשפת המעשה. שהרי, באותה נשימה דוחה המשרד על הסף את עמדתה המקצועית של בזק בנוגע ליכולות הרשת שלה, אולם ה"פתרונות" של המשרד נסמכים אך ורק על ביטחון מוחלט ביכולותיה המקצועיות של אותה בזק לבצע את הפיתוחים הנדרשים. ומיד צפות במלוא עוזן השאלות - אם בזק היא אוטוריטה מקצועית, על יסוד מה נשללת

עמדתה באשר ליכולות הרשת שלה? ואם למשרד אין מושג אפילו מהם הפיתוחים הנדרשים - הכיצד הוא יכול לקבוע בנחרצות שניתן לבצעם בקלות, במהירות ובזול?

22.2.4. המשרד מסרב למינוי מומחה בלתי תלוי

בשל כך, הציעה החברה בכתובים¹⁹ למנות מומחה בלתי תלוי, מקומי או בינלאומי, בעל שם בענייני טכנולוגיה, אשר יבחן האם ב"פתרונות" שהעלה משרד התקשורת יש כדי לענות על בעיית אי-השימוש.

המשרד סרב.

22.2.5. המשרד נתלה במומחה תלוי

אף שסירוב המשרד למינוי מומחה בלתי תלוי היה מתמיה, הוא התגמד נוכח התמיהה שעלתה כאשר לצורך דוח הפיקוח בחר המשרד לאמץ את חוות דעתו של דניאל רוזן אשר הוגשה לבג"צ מטעם המתחרות (סלקום ופרטנר), כאילו מדובר בחוות דעת ניטרלית, או עדיפה מקצועית על זו שהציג המומחה מטעם בזק שהוא היחיד שאכן בדק את המתג של בזק (אבי פתיר).

כאחרון הליטיגטורים בחר המשרד לתמוך את דוח הפיקוח מטעמו על "חוות דעת" של דניאל רוזן אך ורק משום שהיא תואמת את עמדת המשרד. התנהלות כזו אינה עולה בקנה אחד עם פעולת רגולטור בבואו לקבוע הפרה והטלת עיצומים.

חמור מכך, דו"ח הפיקוח מתעלם באורח בלתי תקין ולא מובן, מן העובדה שחוות דעתו של דניאל רוזן נענתה ונסתרה על ידי בזק בתגובתה לבג"צ²⁰. המשרד אשר צרף את חוות דעת רוזן לדוח הפיקוח היה חייב לצרף את התגובה המפריכה ולהתייחס אליה! בזק הבהירה, כי חו"ד רוזן אינה מתדשת מאומה, כי היא ממחזרת את הפתרונות שהוצגו על ידי מנכ"ל משרד התקשורת דאז, ומעבר להם מציעה "פתרון" חדש, שהניסיון להטמיעו במערכת החברה העלה - כפי שפורט בתגובה - הודעת שגיאה מהדהדת. עוד יצוין, כי מר רוזן הציע את מימוש תיק השירות באמצעות מתג מסויים אשר לפי חוות דעתו הוא המתג הקיים בבזק, אלא שזהו איננו המתג הקיים בבזק!

¹⁹ ש.ס.

²⁰ מיום 13.8.2015

טרם קבלת החלטה כלשהי או פנייה להתייעצות בוועדה, נדרשת התייחסות המשרד לטענות הללו.

זה המקום להעיר, כי גם בדו"ח הפיקוח הראשון התעלם המשרד מהודעתה המעדכנת של החברה לבג"צ מיום 25.5.2015 ומחוות דעת פתיר אשר צורפה אליה. בדו"ח הפיקוח מסביר המשרד – בתגובה לטענת החברה – כי לא ראה כל חדש בהודעתה המעדכנת של החברה לבג"צ²¹, וזאת, מבלי לאזכר כלל את קיומה של חו"ד פתיר! ובהמשך מתעלם המשרד, כאמור, ממענה החברה לחו"ד רוזן. והוא שאמרנו – נדמה היה כי ממש לא משנה אלו תימוכין מציגה החברה, כל עוד הדברים מובאים מטעמה הם נפסלים על ידי המשרד.

מר דניאל רוזן שימש בעברו הרחוק מנכ"ל משרד התקשורת, ובעברו הרחוק עוד יותר – סמנכ"ל הנדסה בבזק. ואולם, את חוות דעתו כתב באופן תיאורטי ומהיכרות היסטורית של מתג 20 שנה קודם לכן, ללא בחינתו בזמן אמת. לעומת זאת, מר פתיר (אשר שימש אף הוא בעברו סמנכ"ל הנדסה בבזק, ובחברות תקשורת אחרות) בחן את המתג, האפיון והמפרטים, בעת הרלוונטית לכתיבת חוות דעתו.

22.2.6. בג"צ קובע – "עסקינן במצב חדש"

בהמשך השתלשלות האירועים בהליך המשפטי, ביום 8.10.2015 (יומיים לפני הדיון בבית המשפט²²) הגישה המדינה לבג"צ הודעה שבה נכתב, כי בכוונת משרד התקשורת לפרסם בהקדם שימוע חדש "בדבר חיוב העותרת לתת לספקיות השירותים שירות טלפוניה במכירה חוזרת (resell), ולקבוע את התעריפים המרכיבים עבור אספקת שירות זה". מדובר במודל שונה מבחינה טכנולוגית-הנדסית, שאינו כולל את הדרישות הבלתי ישימות אשר נקבעו בתיק השירות. למעשה זוהי הודאה בכך שלא ניתן לספק את שירות הטלפוניה הסיטונאי במתכונת שקבע המשרד על גבי הרשת הקיימת של בזק. ככל הנראה נוכח חוסר נכונות להודות בטעות, או לקבל החלטה סופית הסותרת את קודמותה, נתן המשרד להודעתו-הודאתו האמורה צביון של "פתרון זמני", בניסיון לצאת מהמבוי הסתום שאליו נקלע בשל ההתנהלות המתוארת (חיובה של בזק לספק שירות בלתי ישים ובלתי מעשי).

21 סעיף 9

22 ומבלי שהמשרד התייחס לטענות שהועלו בחו"ד פתיר; מבלי להשיב לבזק להצעתה למינוי מומחה בלתי תלוי; ומבלי להמשיך את בירור המחלוקת שבירורה בבג"צ היה בשלבים מתקדמים.

22.2.7. בהמשך להודעת המדינה, הבהיר בג"צ בפסק דינו, מיום 11.10.215, כי "למקרא האמור הבענו דעתנו הלכאורית בפני הצדדים כי דין העתירה להסתיים, שכן עסקינן במצב חדש שאינו תוכן העתירה הקיימת".²³

משמעות דבריו של בית המשפט העליון חשובה ביותר וברורה: לאחר הודעת המדינה מתקיים מצב חדש שאינו זה שבגינו הוגשה העתירה ולכן התייחס המשך העתירה בעניין, מאחר שהמתכונת המקורית בעניין הטלפוניה כבר אינה בתוקף (בשלב זה), ובאותה עת אנו מצויים במצב ביניים של המתנה לגיבוש המתכונת החדשה על ידי משרד התקשורת. משכך, **המצב שאותו ביקשה בזק לתקוף בעתירתה כבר איננו מתקיים**. הדברים מדברים בעד עצמם. בנסיבות אלה ובעקבות ההודעה ודברי הבג"צ, ביקשה בזק עצמה שהחלק של העתירה הנוגע לטלפוניה, לרבות לסוגיה הטכנית-הנדסית יידחה, שהרי בהיבט זה, העתירה הגיעה כאמור לידי מיצוי מבחינתה.

יצוין, כי התנהלותו של משרד התקשורת בתקופה שלאחר פסק הדין, תומכת אף היא במסקנה האמורה. כך למשל ביום 27.3.2017 שלח המשרד לבזק מכתב, שבו, בין היתר, ציין את תכניתו דאז ביחס להמשך האסדרה של השוק הסיטונאי: "בתקופה הקרובה עומד המשרד בפני השלמת מספר מהלכים דגולטוריים שיאפשרו יישום מלא יותר של רפורמת השוק הסיטונאי ובכלל כך אסדרת הטלפוניה במכירה חוזרת [...]".

22.3. יישום המצב החדש - ריסייל ומשמעויותיו

22.3.1. מאז החלטת המשרד על שירות הריסייל פעלה בזק לקידום העניין והשקיעה משאבים רבים, כך למשל:

- אופיין והוקם שירות - בהתאם לתיק השירות פותחו ממשקים ללקוחות BSA (לקוחות דאבל).
- בוצעו הליכי בדיקות מול [REDACTED]. נציין כי [REDACTED] אמנם ביצעה בדיקות ונערכה להפעלת השירות, אך לא סיימה את התהליך ואילו [REDACTED] מטעמיה בחרה שלא להצטרף אליו כלל.
- לבקשת המשרד - אופיין והוקם שירות סינגל טלפוניה בלוח זמנים קצר ויוצא דופן, אף שלא נדרש כלל בתיק השירות.

²³ פס' ב לפסק הדין.

- הספקיות עודכנו על המהלך ביום 12.4.18.
- השירות הופעל בהצלחה טכנולוגית. חרף זאת, ספקיות השירות בחרו שלא לעשות שימוש בשירות הטלפוניה, למעט [REDACTED]

22.3.2. המשכיות הריסייל

המשרד אמנם כלל סעיף זמניות בת שנה בהודעה, כמו גם בשימוע ובהחלטה בעניין הריסייל, ואולם קבלת ההחלטה בשימוע וקביעת המחירים כשלעצמם ארכו הרבה מעבר לכך, ובהחלטה לעניין השירות ממאי 2017 ציין המשרד כי הוא שוקל להפוך את ההסדר לקבוע (לאחר פרסום שימוע).

בחודשים מרץ ומאי 2018 שלחה בזק מכתבי תזכורת מנומקים למשרד התקשורת שבהם עמדה על הצורך להבהיר את המשכיות שירות הריסייל.

המשרד לא השיב למכתבי החברה. התנהלות זו לא עולה בקנה אחד עם הגישה המתבטאת בדוח המשלים, כאילו שירות הריסייל מהווה "השקה רכה" לשירות טלפוניה במתכונת הבלתי ישימה של תיק השירות. העדר המענה יחד עם הידיעה כי בזק אינה יכולה ליישם את המתווה ההנדסי שבתיק השירות על גבי המתג - ודאי לא אותת כך.

והנה, רק כחודש לפני מועד הסיום עליו החליט המשרד הוא הודיע לחברה כי אין בכוונתו להאריך את תקופת מתכונת הריסייל.

22.4. מתן שירות טלפוניה סיטונאית לאחר אי הארכת הריסייל

לאחר הודעת המשרד, התקיימו מספר דיונים בין נציגי החברה לנציגי המשרד בדבר תצורת השירות. בדיון המרכזי, שהתקיים ביום 5.7.2018, חזרה סוגיית הישימות ולובנה. לאחר שבדיון זה היה המשרד קשוב להסבריה של בזק, הממחישים כי מדובר בבעיית ישימות אמיתית וכי ה"חלופות" אינן פותרות את בעיית חוסר הישימות, שחרר המשרד בדו"ח המשלים את אחיזתו בשלוש החלופות הנ"ל. לצערנו, נאמר בדו"ח המשלים באורח שגוי עובדתית (כמפורט לעיל), כי לראשונה הציגה בזק בחינה אמיתית מצידה של אותן חלופות. אמרנו שגוי, שכן בזק הציגה למשרד לאורך כל הדרך ובזמן אמת את טענותיה בעניין² הן באופן ישיר והן באמצעות בית המשפט. בדבר אחד כשלה בזק - בניסיונותיה לגרום למשרד להקשיב לטענותיה ולחדול מהדיפתן האוטומטית.

בהתאם, לבקשת המשרד, פנתה החברה לעסוק בהרחבת שירותי ערך מוסף על פי רצון ספקי שירות. בתוך שני ימי עבודה מדיון זה שלחה החברה אפיון חדש הכולל גם שירותי ערך מוסף נוספים שהתבקשו כאמור על ידי ספקים באמצעות המשרד. יצויין כי לרשות ספקי השירות עומדים שירותים שנדרשו על ידיהם, בהם שירותים אשר הספקים עצמם לא משווקים על גבי המתג שלהם.

ביום 1.8.2018 עדכנה החברה כי היא ערוכה לספק את שירות הטלפוניה הסיטונאי, אשר זמין במהותו בהתאם להוראות תיק השירות BSA-Bit Stream Access+ Telephony.

הואיל וניתן למעשה שירות טלפוניה סיטונאי, שהתקנות חלות עליו, הרי שהתעריף שבו יסופק הוא זה הקבוע בתקנות השימוש²⁵. במסגרת זו, ספקי השירות המעוניינים בכך יכולים לרכוש מבזק שירותי טלפוניה סיטונאיים אשר יסופקו על ידי ספקי השירות ללקוחותיהם ("שירות דקות שיחה טלפוניה") בשוק הסיטונאי.

שירותי הטלפוניה מאפשרים ללקוחות ספק השירות קבלת שיחות נכנסות ויצירת שיחות יוצאות וכן אספקת כל השירותים הנלווים לשירותי הטלפוניה הבסיסיים אותם מספק בזק ללקוחותיה - בין היתר שירותי Class שיחה מזוהה, עקוב אחרי, שיחה ממתונה, שיחה למתקשר אחרון, וכו' ולרבות תא קולי. בנוסף, מתאפשרת אספקת שירות קו כשר, שירות קו חם, שירות אל - חיוג, שירות FAX2MAIL, שירותי חסימה, שיחת מפגש ומנגינה בהמתנה.

יצויין, כי בזק הודיעה שהשירותים הנלווים ניתנים בשנה הראשונה [REDACTED] טרם אספקת השירות, בצעה בזק את כל ההכנות הנדרשות לאספקת השירות, לרבות ביצוע הגדרות והתאמות במערכות לצורך תמיכה בשירותים הנלווים ושירותי דקות השיחה, ופנתה לספקי השירות על מנת שיעשו כן, לרבות לאחר משלוח אפיון מתאים לממשק הממוכן שהופץ לספקיות.

כמו כן, שלחה בזק נספח מעודכן לתיק שרות בהמשך לפגישות עם הספקים ולבקשותיהם, אשר כלל הרחבות שנדרשו ליישום וכן תוספות שהתבקשו.

בזק התאימה ושינתה את כל ההכרזות וההקלטות ברשת שלה כך שלקו טלפון שישויך לספק שירות, ההקלטות וההכרזות יהיו ניטרליות.

בזק הבהירה, כי תשמור על רמת איכות השירות והרשת באופן שוויוני בין אם הקו מקבל שירות שירות מבעל התשתית או הקו ישויך ל"שירות דקות שיחה טלפוניה" בשוק סיטונאי.

26 תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (שימוש ברשת בזק ציבורית של מפ"א) התשע"ה - 2014

מן העבר השני, ספקי השירות מצידם לא נערכו ולא פיתחו - בשום שלב - ממשקי API לצרכי שירות טלפוניה.

בזק עושה ועשתה כל אשר לאל ידה על מנת לספק את שירות הטלפוניה הסיטונאי בצורה המיטבית ובלוח זמנים יוצא דופן. כפגישות במשרד התקבלה גם הדעה כי לשירות הריסיוול ולשירות הסיטונאי במתכונת ההנדסית הישימה - ישנם אף יתרונות על השירות במתכונת תיק השירות. על כן, הדוח המשלים התקבל בהפתעה, משום שהתפתחה תקווה כי המשרד יחצה את הגשר ויתאים את התנהלותו למציאות. אמנם הדוח המשלים כאמור כבר אינו טוען כי השירות ישים על גבי המתג או כי שלוש החלופות הן פתרון ישים, אולם הוא מאמץ טיעון מרומז, כאילו בזק צריכה היתה להחליף את המתג הקיים על מנת ליתן שירות סיטונאי - קו טיעון אותו שללנו לעיל.

1. התייחסות לדוח הפיקוח – אי יישום API

לעניין ה-API, קובע דוח הפיקוח (בסעיף 12) כי החברה נמצאת (!) בהפרה, וכי אין רלוונטיות לטכנולוגיה או למערכת הנדסית קיימת, מכיוון שה-API אינו תלוי במערכת ההנדסית. ואנו שואלים, וחוזרים ושואלים, האם קיים API - ממשק תהליכים, הזמנות, אינדיקציות וכו' - בהעדר שירות? על אלו תהליכים (שלא נקבעו) ואלו הזמנות טלפוניה יופעל ה-API! ואם טעות בידנו, ו-API צריך לעמוד ללא קשר לשירות שהוא משרת, נבקש לדעת האם הוט העמידה ביום 17.5.2015 API לשירות סיטונאי BSA ולשירות סיטונאי טלפוניה, ואם לא במועד האמור, אז אימתי? מעבר לכך יצויין, כי קיום API אינה חובה החלה על בזק כשלעצמה, שכן בתיק השירות נקבע כי בעל התשתית וספקי השירות יקיימו API, ואילו ספקי השירות לא פיתחו ממשק כאמור.

23. יתרה מזאת, בזק פיתחה והעמידה API לטובת הריסיוול. לבזק קיים API גם לטובת השירות הנוכחי. ספקי השירות לא רק שלא פיתחו API אלא שלא התייחסו אף לאפיון.

24. אם המשרד סבור כי יש לאכוף הפעלת API על שירותים שלא קיימים, או על שירותים שלא נצרכים, או על שירותים ישימים שיש חובה לספקם אך אינם מסופקים - אזי נדרש לפתוח בהליך פיקוח נגד ספקים רבים, כמתואר.

ז. על סבירות ואכיפה שוויונית

25. הדווקנות המתוארת וקידוש הניתוב ההנדסי (המתעלמים מן המהות) מבטאים חוסר סבירות ואי תקינות מנהלית בהקשר של מדיניות האכיפה שמפעיל המשרד. בפרט כאשר משווים את מדיניות האכיפה ואחריות הקפידה המוחלטת על בזק לזו שמחיל המשרד על הוט או על IBC. משל מדובר בשני יקומים שונים:

25.1. **בעולמה של הוט**: לאחר הקלות שכבר נתנו, ועדה מייעצת קובעת המלצותיה, המשרד מורה, הוט לא מבצעת חרף העובדה שמדובר במהלך שאין מחלוקת על ישימותו. והנה - במקום הליך פיקוח יש מהלך של עדכון החובות וההנחיות.²⁶ זאת, למרות שמפרוטוקול הועדה המייעצת עולה שבדיונים שהתקיימו ביום 16.10.2017 ו-13.11.2017 דרשה חברת הועדה (גבי' בשארי) לפתוח בהליך פיקוח כנגד הוט ולקנוס אותה על התנהלותה זו.

בשורה התחתונה – הוט לא מספקת שירות אוניברסאלי וגם כשתתקדם באספקתו זה לא יהיה בהתאם למתווה ההנדסי המקורי, כלומר בהכרח על גבי התשתית שלה. מתווה הרבה יותר מהותי מהניואנס ההנדסי בעניינו. גם העובדה שעל רשת הוט לא מיושם בפועל שום חלק של הרפורמה הסיטונאית אינה גורמת למשרד לפצוח בהליך פיקוח.

ועוד בעולמה של הוט - למרות שביום 17.11.2014 נקבע להוט ולבזק תיק שירות BSA - Bit Stream Access+ Telephony זהה, צירף המשרד למסמכי ההחלטה בדבר תעריפי השירות ברשת הוט שנקבעו רק ביום 15.6.2017 (!) חוות דעת הנדסית שהלכה למעשה "פוטרת" את הוט משירות מולטיקסט (קצב פרק זמן של 4 חודשים לניסוי, כלומר עד 15.10.2017 שלאחריו ניתן יהיה לבחון ישימות השירות והתשומות הנדרשות לטובת קביעת תעריף לשירות – נכון להיום כמעט שנה לאחר תום תקופת הניסוי כפי שהגדיר המשרד טרם נקבעו תעריפים לשירות). כלומר – המשרד שועה לטענות חוסר ישימות של הוט, בשירות שמטרתו לאפשר טלוויזיה, ללא קושי.

25.2. **ובאשר ל- IBC** – הרי שהפרה מהותית של הוראות רישיונה לעניין חובת הפריסה, זכתה אותה בהקלות מפליגות. זאת, על אף שכל נתוני המיזם היו ידועים מראש לבעלי המניות שהשקיעו בו, ולמרות הקלות ויתרונות נוספים שקיבל המיזם לאחר המכרז (למשל אפשרות לשימוש בתשתית הפסיבית של בזק ופטור מהצורך בקבלת היתרים להקמת הרשת, עילית

²⁶ למרות שבהתאם להמלצות הוועדה שאומצו על ידי השר, אגף הפיקוח אמור היה לערוך "בקרה שוטפת אחר קיומה של חובת האוניברסליות לאורך כל תקופת היישום שתיקבע על ידי השר", ולקבל לידי דיווחים מפורטים על היקף ההשקעה בפועל, הביצוע ולוחות הזמנים לסיום. בנוסף אגף הבקרה אמור היה לערוך "בקרה אודות היישום בפועל של קיום חובת האוניברסליות ביחס לבקשות פרטניות".

ותת קרקעית). הפתרון המכשיר שנמצא הוא הענקת פטור מפריסה אוניברסלית, לאחר שהוענק למיזם מענק כספי מאת המדינה, במיוחד לצורך מימוש פריסה זו.

בשורה התחתונה, גם בעניינה של IBC הביאה הפרה - ולא העדר ישימות - לשינוי החובות במקום לדוח פיקוח ואכיפה.

25.3. **ובעולמה של בזק:** הרגולטור קובע (ללא בחינת התכנות) שירות שלא בהתאם למסמך המדיניות. המתכנת מעוגנת בהחלטה חרף התרעות על העדר ישימות, וזאת עדיין ללא בדיקה תפעולית. המעשה נעשה ועתה יש "לעמוד מאחוריו". בזק מוצבת במקום של חברה מפרה, עקב אי ישימות והיצמדות למתווה הנדסי מסויים.

בזק מיישמת מיידיית את שניתן ליישום וערוכה לביצוע לפני כל ספק שירות אחר. המציאות המשתנה סותרת את התיזה לפיה שירות טלפוניה סיטונאי נדרש בכלל להצלת רפורמת הפס הרחב. אף ספק שירות לא עושה שימוש בשירות במחירים שהמשרד קבע. למרות הכל, המשרד שולף בחלוף שנתיים ומחצה דו"ח פיקוח, הפך אותו סופי ושוקל להטיל על בזק קנס אדיר מימדים.

זאת ועוד: מודל אכיפה מוקצן והליכי פיקוח דווקניים ננקטים כנגד החברה במקום שבו מדובר בשירות המצוי בדעיכה עקבית, חרף העובדה שהטלפוניה הקווית מזמן חדלה להיות שיקול בעל משמעות בבחירת חברת תקשורת לבית לקוח, ועל אף שעתה ברור יותר מתמיד, כי גם כאשר לספקי השירות עומד שירות טלפוניה זהה בתוצאותיו ובאיכויותיו לפחות לזה שבתיק השירות - אין לו דורש. ערכה היחיד של ההיצמדות לטלפוניה הסיטונאית בניתוב ההנדסי המסויים והבלתי ישים, הוא היותה כלי שרת בידי ספקי שירות אחדים להטחת האשמה - כאילו רפורמת השוק הסיטונאי (היא רפורמת הפס הרחב) - לא יושמה. ואין רחוק יותר מן האמת.

בשורה התחתונה - בזק, שכל "חטאה" היה שנקבע עבורה מתווה הנדסי שאינו אפשרי לשירות - מיישמת שירות זהה במהותו. אך בעניינה המתווה ההנדסי הפך לפתע קדוש, והוא שמצדיק אכיפה (של עניין שאינו ישים), עיצומים, ביקורת, והכל במימדים חסרי פרופורציה.

כפי שעולה מן המקובץ, עניין לנו גם באפליה זועקת היורדת לשורשו של הליך אכיפה זה.

בזק אינה מבקשת הכשר להפרה, כפי שנעשה ביחס להפרות הבוטות של הוט ו-IBC. בזק מבקשת להכיר בשורה התחתונה החשובה, לחצות את הגשר ולהפגיש בין התנהלות המשרד לעמדתו הפורמלית. במילים אחרות **מתבקש להביא לידי ביטוי את העובדה שמלכתחילה היתה טעות בהנחת הישימות. מתבקש להכיר בכך שהחלפת מתג לא יכולה היתה להיקבע או להיות גלומה ביישום השירות.**

26. החברה תטען כי גם ההודעה בדבר הכוונה להטיל עיצומים – דינה להיגנו. זאת, מן הטעם שלא יתכן כי היתה הפרה. לא ניתן לקבוע כי החברה הפרה הוראה אשר מלכתחילה אינה ניתנת ליישום. ואף אם היתה – טכנית – הפרה (ולא היתה), אזי הניקוד שייחס המשרד לכל אחד מן השיקולים על פי מסמך אמות המידה – נבנה על יסודות שגויים ובלתי מוכחים. בעקבות זאת קביעת סכום העיצום הכספי ביחס לסכום המירבי אינה יכולה לעמוד.

ה. התייחסות להודעה על כוונה להטיל עיצום כספי

ההתייחסות שלהלן ניתנת למרבית הסעיפים בהתעלם מן העובדה – שלא ניתן להתעלם ממנה – כי מתכונת השירות אינה ישימה.

27. לסעיף 7א. המידה שיש בהפרה כדי לגרום לפגיעה בתחרות בתחום הבזק

על פי האמור – מהותה של רפורמת השוק הסיטונאי היא לאפשר תחרות בתחומים הרלוונטיים "ובפרט בתחום הטלפוניה"; וכי התנהלות החברה הביאה לתוצאה הפוכה ו"להדרת המתחרות מתחום הטלפוניה".

לא מיניה ולא מקצתיה! מדובר באמירה נעדרת קשר למציאות.

הרכיב המרכזי ברפורמה היה והינו האינטרנט רחב פס ולא הטלפוניה! ומשום כך – על רשת בזק ישנם למעלה משש מאות אלף לקוחות שרכשו את השירות במסגרת השוק הסיטונאי, בעוד שהשירות אינו קיים ברשת הוט. וזאת חרף העובדה שהוט יכולה לספק שירות טלפוניה במתכונת תיק השירות על גבי רשתה.

רפורמת השוק הסיטונאי כונתה במקור "רפורמת הפס הרחב", דבר המבהיר גם הוא את מרכזיותו של רכיב האינטרנט בה. יתרה מכך, במסגרת הרפורמה נקבעה ויושמה רמת שירות גבוהה מאוד לטובת אספקת שירות טלפוניה על בסיס רשת האינטרנט (VoB), שמסופק לציבור על ידי ספקיות ה-VoB. כלומר, כוונת הרפורמה הייתה לחזק את אספקת שירותי ה-VoB (המסופקים על ידי ספקיות ה-VoB) כבר במשך מספר שנים ומתחרים בהצלחה בשירותי הטלפוניה של בזק, ולא לייצר שירות טלפוניה סיטונאית במתכונת בה נכלל לבסוף על ידי משרד התקשורת בתיק BSA (בחופזה וללא בדיקה מוקדמת).

עוד לא ברור כיצד יכולה אמירה זו בהודעת העיצום להעלים את התחרות והאלטרנטיבות הקיימות כבר בשוק הטלפוניה – מדובר בתחליף מלא ומקובל לשירות הטלפוניה של בזק, והא ראיה ש-  ממנוי הטלפוניה כיום מקבלים שירות בטכנולוגיה שהיא במהותה טכנולוגיית פס רחב (כולל הוט).

מעבר לכך, ספקיות השירות יכולות להציע ללקוחותיהם גם **סלי שירותים הכוללים** טלפוניה בטכנולוגיית ה-VoB, שגם לצורך אספקתו נעשה שימוש ברשת של בזק, וכי שירות זה מסופק גם

כיום. נדגיש כי ספק השירות אינו נדרש לשלם לבזק תשלום עבור שירות VoB, והוא נהנה מתשלומים עבור שיחות נכנסות²⁷.

בנוסף לאמור, כפי שידוע היטב למשרד, לשירות טלפוניה במודל ריסייל, שהוא המודל הישים אותו יכול היה המשרד לקבוע מלכתחילה, לא צורפו לקוחות, למרות שהושק בתעריפים נמוכים טרום שימוע, ובמודל תפעולי שמטיב עם ספק השירות ומצמצם את עלויותיו באורח משמעותי. יתרה מכך, מודל הריסייל מאפשר לספקי שירות קטנים ונטולי משאבים לתת אף הם שירות טלפוניה במסגרת חבילות השירות שלהם. והנה, גם האלטרנטיבה העומדת לרשות ספקי השירות של שירות טלפוניה סיטונאית זהה במהותו לשירות על פי תיק השירות ובמחיריו (כולל שירותים נלווים ללא תשלום בשנה הראשונה) – לא נוסתה אפילו, ולא מייצרות ביקוש.

לפיכך – אין ולא היתה כל פגיעה בתחרות! לסעיף זה יש לשקלל 0 נקודות.

28. לסעיף 27. – פגיעה במתן שירותי בזק

כפי שהוסבר בפירוט רב בסעיף 27 לעיל – החברה לא מנעה מתן שירות טלפוניה על גבי רשתה לספקים. לכן יש לשקלל 0 נקודות לסעיף זה.

29. לסעיף 27. – שיעור המנויים שנחשף לפגיעה כתוצאה מההפרה

ראשית כאמור לא היתה כל פגיעה במנויים שיכלו לקבל שירות טלפוניה, וזאת אף ללא תוספת תשלום בגין התשתית (ראו סעיף 27. לעיל).

ואף אם נניח כי היתה פגיעה (ולא היתה), הרי שלא יתכן לקבוע כי לפגיעה נחשפו "כל המנויים, בין אם הם מנויים של החברה ובין אם הם מנויים של חברות אחרות". כפי שהוסבר הרפורמה הצליחה מעל ומעבר בכל קנה מידה השוואתי, גם ללא שירות טלפוניה.

לסעיף זה יש לשקלל 0 נקודות.

30. לסעיף 27. – משך ההפרה

ביום 8.10.2015 הגיש משרד התקשורת הודעה לבית המשפט במסגרת עתירתה של בזק (לקראת הדיון שהתקיים ביום 11.10.2015). בהודעה זו נאמר, כי המשרד חוזר על עמדתו, כפי שפורטה בהודעה מיום 7.5.2015 (לפיה לא הייתה כל מניעה טכנית לאספקת שירותי טלפוניה סיטונאית על-ידי בזק כמועד שקבע השר). זאת, למעט שינוי אחד, קרדינאלי – משרד התקשורת הודיע לבית

²⁷ סלקום הצהירה כנג"צ שהגישה לאחרונה כי היא מספקת טלפוניה

המשפט, כי הוא מגבש שימוע, אותו בכוונתו לפרסם בהקדם, בדבר חיובה של בזק לתת לספקיות השירותים שירות טלפוניה במכירה חוזרת (resale), ולקבוע את התעריפים המרביים עבור אספקת שירות זה.

חרף האקרוֹבטיקה הלשונית, ברור שמדובר בהודאה מפורשת של משרד התקשורת, כי לא ניתן לספק את שירות הטלפוניה הסיטונאי במתכונת שקבע המשרד על גבי הרשת הקיימת של בזק.

בהמשך להודעת המדינה, וכפי שנכתב בפסק הדין שניתן בעתירה (פסק דין מיום 11 באוקטובר 2015), בג"צ הבהיר, כי "למקרא האמור הבענו דעתנו הלכאורית בפני הצדדים כי דין העתירה להסתיים, שכן עסקינו במצב חדש שאינו תוכן העתירה הקיימת" (פס' ב לפסק הדין).

בזק לא הפרה את ההוראות המיוחסות לה מכיוון שהן היו בלתי ישימות בעליל, כפי שהוכח לעיל, וכפי שהחברה התריעה טרם כינון. כמו כן, המשרד אינו נוטל כל אחריות לכך שלא ערך בדיקות אמפיריות, סיורים ודיונים מקצועיים מתחייבים עם מי שאמור ליישם את השירות ומכיר באופן הטוב ביותר את רשתו, לפני שקבע את מתכונת השירות.

בכל מקרה, אף לשיטת המשרד מדובר בתקופת "הפרה" קצרה (קל וחומר כאשר אין הפרה כלל), שהסתיימה לכל המאוחר 8.10.2015. וממשיכה לכאורה לאחר שפקע הסדר הריסוי. לעניין הפרה בתקופה שלאחר פקיעת הריסוי, הרי שבהתאם למבואר לעיל, אין תקופת הפרה. השירות שהציעה החברה כבר ביום 1.8.2018 זהה במהותו לזה שבתיק השירות, ולשירותים הנלווים שנדרשים על פיו. ההבדל בניתוב ההנדסי – אינו משפיע על השירות ללקוחות, וגם לגישת גורמים מקצועיים במשרד הוא עדיף טכנולוגית (מהלך שיחה מקוצר).

לפיכך לסעיף זה יש לשקלל ניקוד 0.

31. לסעיף 7ה. – היקף הנזק הכספי שנגרם בשל ההפרה

גם לסעיף זה שקלל המשרד את מירב הנקודות האפשריות, בהתבסס על אמירות בעלמא לפיהן: "כניסת ספקי השירות לחחום הטלפוניה היתה מאפשרת ירידת מחירים". למקרא הדברים זר היה חושב כי אין תחרות בטלפוניה, ובזק לבדה מחזיקה בכל שוק הטלפוניה. והרי נתח השוק של בזק בתחום הטלפוניה הפרטית מתקרב ל-100% כאשר תחרות זו מבוססת VOB ואף שימוש בסיס סולארי. מעבר לכך, כפי שהוסבר למעלה מן הצורך בסעיפים קודמים - שירות הטלפוניה בדעיכה מתמדת. גם משהושק שירות טלפוניה במודל ריסייל, שהוא המודל הישים אותו יכול היה המשרד לקבוע מלכתחילה, לא צורפו לקוחות. זאת למרות התעריפים הנמוכים ומודל תפעולי שמטיב עם ספק השירות ומצמצם את עלויותיו באורח משמעותי. (כאשר במקביל משרד התקשורת מנע מבזק להזיל את תעריפי הטלפוניה ללקוחותיה).

חוסר העניין של הספקיות בשירות הסיטונאי שבזק מציעה במחירי תקנות ההולסייל מלמד אף הוא על חוסר הקשר שבין אמירות אלה לבין המציאות.

לפיכך לסעיף זה יש לשקלל ניקוד 0.

32. לסעיף 17. – מידת התועלת שצמחה למפר כתוצאה מן ההפרה; לסעיף 17. הפרה משתלמת

המשרד מציג (בנספח א' להודעה) תחשיבים חד צדדיים המותאמים כל פעם לצרכים אחרים, שהשורה התחתונה בהם היא גלגול הכנסות - לספקים. ואולם נתון העוגן הרלוונטי צריך להתבסס על תחזיות המשרד, כפי שפורטו בחו"ד גרונאו לבאות מיום 14.1.2014²⁸. שכן, ככל שמיוחסת לחברה הפרה משתלמת, אשר חושבה מלכתחילה והשפיעה על החלטת החברה, אזי יש לבחון מהם הנתונים שראתה החברה לנגד עיניה, לכאורה. והנה, בהתאם לתחזיות המשרד כאמור, סך מנויי השוק הסיטונאי (סינגל ודאבל) בתום שנה להפעלתו צפויה הייתה לעמוד על 100,000 לקוחות. כמו כן, בהתאם לנתוני החברה כ- [REDACTED] מלקוחותיה דאו הם לקוחות דאבל. כלומר מדובר בכ- [REDACTED] לקוחות, ובמונחים חודשיים מדובר במעבר ממוצע של [REDACTED] מנויים לחודש. מובן, כי לא ניתן להניח שלקוח דאבל יעבור בהכרח עם כל השירותים שלו וכי התחשיב בוצע תחת הנחת קיצון.

לצורך החישוב נניח הפרה. תקופת "ההפרה" המקסימלית אותה ניתן לייחס לבזק פחותה מ- 5 חודשים (שבין 17.5.2015 ליום הודעת המדינה בדבר הריסייל – 8.10.2015), ולכן מדובר בכ- [REDACTED] מנויים לכל היותר שהיו מצטרפים לאורך התקופה (לשם השמרנות הנחנו 5 חודשים למרות שמדובר בתקופה קצרה מכך). לטובת חישוב "התועלת מההפרה" יש לקחת את ממוצע המנויים הרלוונטי, שכן הם מצטברים לאורך זמן. הממוצע עומד על [REDACTED] לקוחות.

לסיכום מדובר בתוספת הכנסה של לכל היותר כ- 1.96 מיליון ₪ (לפי [REDACTED] נדגיש כי התחשיב מביא בחשבון רק את תוספת ההכנסה, בעוד שלפי תחשיבי המשרד עלות אספקה של שירות סיטונאי זולה משמעותית משירות קמעונאי מלא, ומשכך תוספת הרווח נמוכה משמעותית מ- 1.96 מיליון ₪.

כפי שהובהר, אין לקבל כלל את תחשיב המשרד. ואולם, אף לשיטתו, בתחשיב שנכלל בהודעה המעודכנת לעניין התועלת ליום הפרה, קיימת טעות חישובית מהותית, היוצרת ניפוח מהותי של הסכום: בהתאם להערת שוליים 8 – הפגיעה הפוטנציאלית בהכנסות החברה חושבה במונחים שנתיים (12 חודשים שהם 365 יום), ואילו התרגום לצורך קביעת "שווי" ליום הפרה, חולק ב- 150

28. המלצה בדבר קביעת תעריפים מרביים לשירותים סיטונאיים ברשת "בזק"

ימי הפרה, כתוצאה מפעולה אריתמטית שגויה זו נקבע כי יום הפרה שווה כ- 350,000 ₪, במקום 144,000 ₪²⁹.

עוד נכללה בהודעה המעודכנת הערכה, לפיה האיום התחרותי היה מביא את החברה לשוק מוגבר של סלי תשלומים חלופיים אטרקטיביים יותר, וכך היו נפגעות גם הכנסות החברה מחלק מהמנויים שלא היו עוברים לשוק הסיטונאי. מדובר בטענה מוזרה, בשים לב לכך שבזק הגיעה למיצוי ההנחות שהמשרד מאפשר לחברה בסלי תשלומים חלופיים בהתאם למתווה גרונאו 2008.

הנה כי כן, אף אם מיוחסת לחברה החלטה מושכלת להפר (להבדיל מאילוץ), הרי שמדובר בתועלת קטנה, ובהפרה שאינה משתלמת כלל ועיקר. לפיכך הניקוד שיש לשקלל לסעיף זה – אפסי.

33. לסעיף 17. – הפרות קודמות בתקופה רלוונטית

יצוין כי הניסיון לייחס לבזק "סידרתיות" בעניין הפרות רפורמת הפס הרחב" מקוממת במיוחד. בזק היא החברה היחידה שהפעילה שוק סיטונאי ועמדה בלוחות הזמנים (עוד לפני ספקיות השירות עצמן). בזק עתרה נגד העיצומים בעניין שוק סיטונאי BSA, שהוטלו בהתבסס על דוח פיקוח שנערך בימים הראשונים ממש ליישום השירות, במתכונת ידנית שהמציא המשרד ללא שימוע, ולאחר ששעות ספורות לפני הפעלת השירות, בחצות הלילה (!) שלח המשרד תהליכים שונים מאלו שהציגה החברה מבעוד מועד. כאילו מערכות החברה ופתחי השירות שלה יכולים באחת, או על דרך הניחוש להטמיעם. מכל מקום, הדיון המשפטי בעניין זה טרם הסתיים כך שהוא אינו יכול להיזקף לחובתה של בזק.

שוב, נדרש לחדד, כי כנגד הוט לא נפתח כל הליך פיקוח, וממילא לא הוטלו עיצומים כספיים, חרף אי מימוש סדרתי של הוראות הרגולטור, הן לעניין שוק סיטונאי והן לעניין פריסה אוניברסלית. נהפוך הוא, אם בהפרה משתלמת עסקינן (ראו סעיף 7. למכתבכם), אזי מי שבמשך חודשים לא עמדה בדרישות, קבעה מחירים שלא הביאו שוק סיטונאי לרשתה, לא פיתחה למיטב ידיעתנו API ממוכן במועד (17.5.2015) - אינה זוכה לביקורת כלשהי, שלא לדבר על יותר מזה, ומוכרת טריפלים בשוק קמעונאי באין מפריע.

34. לסעיף 7ח. פעולות שנקט המפר עם הגילוי

על איזה גילוי מדובר? משהתחפר המשרד והתעקש לדבוק במתכונת שנקבעה ללא בדיקה ואשר אינה ישימה, הרי שדבר "ההפרה" היה עובדה מוגמרת וידועה עוד טרם הגיע ה-D DAY. בנסיבות אלו מתן ניקוד בסעיף זה יהווה כפל קנס אסור.

לעמת זאת, משהנחה המשרד ליישם את שירות הטלפוניה הסיטונאית כמתכונת ריסייל ישימה, החברה נערכה לכך תוך זמן קצר ביותר, ולמעשה הקדימה את ספקיות השירות. עם החלטת המשרד שלא להאריך את שירות הריסייל, אפינה בזק, הטמיעה והיא ערוכה ליישום שירות זה במהותו.

לפיכך, יש להפחית את מלוא הנקודות (20) בגין סעיף זה.

35. לסעיף 7 ח. נסיבות נוספות ושיקולים אחרים

בסעיף זה מושת על החברה מלוא הניקוד (הנתח הכבד ביותר) בגין "נסיבות מחמירות". בראש ובראשונה בשל כך שהחברה "עשתה דין לעצמה". ואולם, אי אספקת שירות הטלפוניה הסיטונאית במתכונת תיק השירות אינה מהווה עשיית דין עצמי, שכן הכלל בדבר עשיית דין עצמי חל מקום שבו ניתן למלא אחר החלטת הרשות המנהלית, והוא אינו חל במצבים שבהם החלטת הרשות היא בלתי ישימה. לבזק כלל לא עומדת האפשרות לבחור האם לקיים את ההחלטה, אם לאו. בשל כך גם לא בקשה החברה צו ביניים. ואולם המשרד ממשיך וקונס את החברה על כך שלא הציעה, לגישתו, פתרונות למתכונת מסוימת זו, אשר – איך שלא הופכים בה – אינה ישימה. החברה הציעה פתרונות אחרים. ולאחר שהמשרד הודיע והחליט על יישום טלפוניה במתכונת ריסייל – החברה יישמה את ההחלטה הישימה במלואה וכאשר הודיע המשרד על סיום מתכונת הריסייל פעלה החברה לאפשר שירות דומה במהותו לשירות הנדרש ובמחירים שקבע המשרד.

לעניין החלפת המתג – לאחר שהמשרד הקפיד להתמקד בטענה כי השירות במתכונת הדווקנית של תיק השירות ישים על גבי המתג הקיים, נעשה בהודעה המעדכנת מעבר לטיעון לפיו במסגרת הפתרונות שהחברה היתה צריכה למצוא על מנת ליישם מתן שירות סיטונאי – היה עליה להתליף את המתג. ואולם – המשרד ער לכך שהחלפת מתג אינה באה כלל בגדרו של יישום שירות סיטונאי ואין סמכות לדרוש אותה. אשר על כן – ודאי לא ניתן לקנוס את החברה על כך. המתכונת ההנדסית של תיק השירות היתה ועודנה לא ישימה.

ואולם, אף אם מיוחסת לחברה הפרה, אזי כפי שהוכח לעיל והוסבר בפירוט רב השפעתה על השוק זניחה ביותר; קיים שירות חלופי בעלות אפסית; החברה יישמה את החלטת המשרד בעניין שירות במתכונת ריסייל, ואולם הביקושים אפסיים (עובדה המחזקת עוד יותר את טענות החברה).

לסעיף זה יש לשקלל ניקוד 0.

בסעיף 8 להודעה נאמר כי "בכוונת המשרד לנקוט בהליכי אכיפה נוספים אם ההפרה תימשך". יאמר מייד, כי אין הפרה של נורמה בלתי ישימה (יישום על גבי המתג הקיים), וכן של נורמה שלא ניתן לכפותה כמסגרת שוק סיטונאי, ואשר המשרד הבהיר כי לא דרש אותה (החלפת המתג הקיים). לפיכך – ודאי אין היתכנות, צידוק או בסיס להליכי אכיפה נוספים.

36. מעבר לכך, החברה פעלה ופועלת בנחישות ומקיימת את הוראות המשרד בעניין, ולראייה השקת שירות הריסייל שהתבצעה במועדה. כמו כן, לאחר הודעת המשרד בדבר אי חידוש הריסייל, סמוך מאוד ל- 1.8.2018, העמידה החברה כבר ביום 1.8.2018 שירות אשר זמין במהותו בהתאם לתיק השירות ובמחירי תקנות השימוש, ולרבות שירותים נלווים. זאת, בין היתר לאחר קבלת דרישות ספציפיות של ספקי שירות ופגישות עם המשרד.

בלי לגרוע מכל האמור לעיל, במהלך הפגישות הבהירה בזק כי במתג החדש אותו היא פועלת להחליף יוכנסו הדרישות הטכניות המתאימות שיאפשרו לבצע ניתוב שיחות למתגי הספקיות. כידוע מדובר בהליך מורכב ביותר והלוי"ז הוצג למשרד.

משסיכמנו את טענותינו התחדדה ההכרה כי מרוב עצים נאבד היער: מדובר בהליך שנפרש על פני מספר שנים, עתיר עובדות, טענות ואמוציות, כאשר למעשה התמונה הכוללת פשוטה וברורה: ספקי השירות המתחרים יכולים לבחור אם להציע ללקוחותיהם שירות טלפוניה בטכנולוגית VOB, על גבי סים סלולרי והכל עם שליטה מלאה על ניהול התעבורה ומתן שירותים נלווים למנויים, ללא כל עלות נוספת או אם להציע להם שירות טלפוניה מסורתי של בזק, זהה לזה שניתן ללקוחות בזק, בתעריף הסיטונאי שנקבע בתקנות השימוש. משמע – מצבם התחרותי של הספקים המתחרים עדיף על פני זה של בזק. בהסתכלות פשוטה זו, נראית ההתעקשות על ניתוב הנדסי מסויים כשימור "שוט רגולטורי" מעל ראשה של בזק למטרות אחרות לגמרי.

בסוף התייחסותנו זו אנו מוצאים לנכון להידרש גם לאמירה ערכית לצד העובדות: ניתן לומר בבירור כי גם אליבא המשרד ישימות השירות במתכונת תיק השירות, לפחות מוטלת בספק. ספק שגדל והתחוויר במלואו גם לאור התפתחויות החודשים האחרונים. אין זה ראוי לקבוע קיומה של הפרה, ודאי להטיל עיצומים כספיים, בטרם הוסר ספק זה לחלוטין. לטעמנו מדובר גם במצב דברים המביא לחריגה מסמכות ולבטלות.

בברכה,


שרון פליושר בן-יהודה
סמנכ"ל רגולציה

העתק: מר איתן כסיף, סמנכ"ל בכיר ומנהל מינהל פיקוח ואכיפה, משרד התקשורת

עזריאלי 2, רח' מנחם בגין 132, תל אביב 6701101
בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ