



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בדבר מתן פטור חלקי מאישור הסדר כובל

הסכם בין מירס תקשורת בע"מ ובין פלאפון תקשורת בע"מ

1. פתח דבר

ביום 22 בנובמבר 2011 פנו מירס תקשורת בע"מ (להלן: "מירס") ופלאפון תקשורת בע"מ (להלן: "פלאפון") (להלן ביחד: "החברות") בבקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"), להסכם שעניינו נדיתה פנים ארצית (להלן: "ההסכם"). פטור להסכם העיקרי ניתן על-ידי ביום 21 במרץ 2012 (להלן: "החלטת הפטור העיקרית")¹, תוך שהופרדו ממנו שתי כבילות שעניינן ידון במסגרת החלטה זו: תנית לקוח מועדף (המכונה Most Favored Nation, להלן גם: "תנית MFN") לטובתה של מירס ותנית בלעדיות בה התחייבה מירס כלפי פלאפון.

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות הנדונות כאן, כמו גם את השפעתו האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי, ולאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ולמיזוגים, שוכנעתי כי, הכבילה שעניינה בלעדיות אינה פוגעת פגיעה של ממש בתחרות בשוק וכי עיקרה אינו בהפחתת התחרות או במניעתה. יחד עם זאת, מצאתי כי אין מקום ליתן פטור לתנית הלקוח המועדף מאחר שהיא עלולה להגביל את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מההסדר, והכל מהנימוקים שיפורטו להלן.

2. ההסכם

2.1 הצדדים להסכם

פלאפון הינה חברה פרטית בבעלות מלאה של בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: "בזק"), חברה ציבורית בשליטת מר שאול אלוביץ'. פלאפון מפעילה בין היתר רשת סלולרית מתקדמת בטכנולוגיית UMTS/HSPA ("דור שלישי").

¹ ראו החלטה בדבר מתן פטור בתנאים מאישור הסדר כובל להסכם בין מירס תקשורת בע"מ לבין פלאפון תקשורת בע"מ; 2012 הגבלים עסקיים 5001925.

מירס הינה חברת פרטית בבעלות מלאה של הוט מערכות תקשורת בע"מ (להלן: "הוט"), חברה ציבורית בשליטת מר פטריק דרהי. מירס מפעילה רשת סלולרית בטכנולוגיית iDen ובחודש אפריל 2011 זכתה במכרז להקמת רשת רט"ן חדשה בטכנולוגיה מתקדמת (להלן: "מכרז התדרים").

2.2 ההסכם והכבילות

ההסכם לנדידה פנים ארצית (להלן: "נפ"א") על הכבילות שבו תואר בפרוטרוט בהחלטת הפטור העיקרית. בקצרה, מדובר בהסדר המאפשר למירס לעשות שימוש ברשתה של פלאפון לצורך הספקת שירותים סלולריים בכלל המדינה, וזאת עוד בטרם השלימה מירס את פריסת הרשת הסלולרית החדשה שלה. כמפורט בהחלטת הפטור העיקרית, ההסכם כולל גם הסכמה ולפיה במהלך תקופת ביניים בת מספר חודשים, עוד בטרם התחלת הנפ"א, תספק פלאפון למספר מוגבל של לקוחות מירס, מבין הלקוחות הקיימים, שירותים על גבי רשת הרט"ן המתקדמת של פלאפון (במתכונת של resell).

בהסדר כלולות כאמור שתי תניות אשר לא נדונו במסגרת החלטת הפטור הקודמת: הראשונה, תניית בלעדיות בה מתחייבת מירס לרכוש שירותי נפ"א מפלאפון בלבד (להלן: "תניית הבלעדיות"); והשנייה, תנית לקוח מועדף, לפיה התנאים והתעריפים שתגבה פלאפון ממירס יהיו אלה של הלקוח המועדף ביותר של פלאפון.

3. השפעת ההסכם על התחרות

3.1 תנית הבלעדיות

תנית הבלעדיות שבהסכם קובעת, כי במהלך תקופת ההתקשרות מירס תרכוש שירותי נפ"א מפלאפון בלבד. למעשה, מדובר בהתחייבות של מירס לרכישה בלעדית. החשש התחרותי העיקרי הנובע מתניות לרכישה בלעדית הינו חשש מפני הצרת השווקים של המתחרים בספק שהוא צד להסדר, היינו הקטנת הביקושים שיראו הספקים המתחרים לנגד עיניהם.²

באשר לחשש זה, מצאתי כי בענייננו הוא אינו חשש משמעותי. פלאפון, סלקום ישראל בע"מ ופרטנר תקשורת בע"מ (שלושתן ביחד להלן: "החברות הותיקות") יכולות למכור שירותים סיטונאיים לשורה של חברות נוספות, בהן הזוכה הנוספת במכרז הרט"ן (גולן תקשורת בע"מ) ושמונה בעלות רישיונות רט"ן ברשת אחרת (Mobile Virtual Network Operators), להלן: "MVNO") (להלן ביחד: "חברות הסלולר החדשות"). יתר על כן, ספק אם בעניין זה מוצדק לראות ברכישה הסיטונאית מקטע בעל חשיבות תחרותית עצמאית עבור החברות הותיקות (מה שאינו כן עבור חברות הסלולר החדשות, כפי שיובהר להלן). כך, אף אם נגרעת מירס כלקוחה

² ראו החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין Henkel AG & co. KGaA ושוקי זיקרי אחזקות (1993) בע"מ; 2011 הגבלים עסקיים 5001788.

פוטנציאלית ברכישת שירותים אלו, נראה כי אין בכך כדי לפגוע בכושרן התחרותי של החברות הותיקות.

נוסיף, כי הסדר הנפ"א הוא הסדר אשר לשם כינונו נדרשת השקעה חד-פעמית בלתי מבוטלת גם מצידה של מירס, הן לצורך התאמת המערכות הטכניות של החברות והן לצורך ההגעה להסכמות חוזיות בין הצדדים. משכך, התמריץ של מירס להתקשר עם יותר מחברה אחת בנושא זה הינו קטן בלאו הכי, ולכן, אף ללא הבלעדיות, הסבירות כי מירס תרכוש שירותי נפ"א מחברה אחרת, אינה גבוהה.

אשר על כן, לא מצאתי כי מתעורר חשש לפגיעה תחרותית מקיומו של הסדר הבלעדיות.

3.2 תנית ה-MFN

תנית ה-MFN קובעת כי התנאים והתעריפים שתגבה פלאפון ממירס יהיו אלה "של הלקוח המועדף ביותר של פלאפון" תניה זו חלה הן ביחס לשירותי הנפ"א והן ביחס להפצה (resell) הזמנית של שירותי הדור השלישי. לשם הבטחת קיומה של תניה זו, נקבע בהסכם כי פלאפון תעביר למירס התחייבות עיתית ולפיה התעריפים והתנאים הניתנים למירס הינם אלה של הלקוח המועדף ביותר של פלאפון, או לחילופין תודיע לה כי היא מעניקה ללקוח אחר תנאים ותעריפים מועדפים ואלה יחולו גם לגבי מירס.

יודגש, כי תנית ה-MFN חלה ביחס לכל לקוח סיטונאי, עסקי או פרטי וביחס לכל פריט באופן עצמאי. משמע, כל הצעה מיטיבה שתיתן פלאפון ללקוח כלשהו, ביחס לרכיב עלות דקת השיחה, לרכיב עלות משלוח מסר קצר (SMS) או לרכיב העברת נתונים (Data), תחייב אותה להשוות את תנאיה של מירס (וזאת למעט ביחס להצעות שניתנו במקובץ במסגרת חבילה).

תנית הלקוח המועדף מבטיחה כי צד אחד להסכם (לרוב הלקוח, המפיץ או הקמעונאי), יזכה לתנאים השווים או הטובים ביותר שתקבלנה מתחרותיו, מהצד האחר להסכם (לרוב הספק). מנקודת מבטם של דיני התחרות, הסדרים מסוג זה מגבילים הלכה למעשה את התחרות בחוליה האופקית שבין ספק הקשור בהסכם לבין ספקים אחרים המתחרים בו. זאת, משום שההסדר מקטין את התמריץ של הספק להעניק בעתיד הנחות ללקוחות זולת הלקוח שלזכותו פועלת התניה ומגביל את יכולת התמרון של הספק בהתקשרויות עם צדדים שלישיים. זאת, מכיוון שכאשר הספק מעניק הטבה ללקוחות כאלה, הוא יצטרך, בחוזה ארוך הטווח שלו עם הלקוח בעל התניה, להעניק את אותה הטבה מכאן ולהבא לאותו לקוח ולפיכך עשוי להימנע מהטבות אלו או מהגדלתן.³

יודגש, כי נתח השוק של הלקוח יכול להיות בעל חשיבות רבה בעת הניתוח של תנית ה-MFN דוגמת זו שלפנינו: ככל שנתח הרכישות של הלקוח מתוך סך מכירות הספק בשוק הרלוונטי גבוה יותר - החשש מהפגיעה בתחרות האמורה לעיל יימצא כמשמעותי יותר, וזאת מכיוון שההטבה שהספק יידרש להעניק ללקוח במידה שיעניק הטבה ללקוח אחר, תהיה גדולה יותר.

³ להרחבה ראו החלטה בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסכם בין בנק מזרחי טפחות בע"מ לבין חברות מנהלות של קופות גמל; 2007 הגבלים עסקיים 5000651 וההחלטות המפורטות שם.

בענייננו, למירס ישנם כיום כ-450,000 לקוחות,⁴ ומכאן כי נתח הרכישות שלה במכירות הסיטונאיות של פלאפון הינו גבוה במיוחד ולמעשה מהווה בעת הזו את עיקר מכירות אלה.⁵ יתירה מכך, על מנת לעמוד בתמריצים שהותוו לה במכרז התדירים היא צפויה לגייס בשנים הקרובות מאות אלפי לקוחות חדשים, מה שצפוי להמשיך ולהותיר את מירס כלקוח הבודד הגדול ביותר של פלאפון.⁶

לאור נתח הרכישות הגבוה של מירס מתוך כלל המכירות הסיטונאיות של פלאפון, נמצא כי הסדר הלקוח המועדף עלול להגביל את התחרות בעסקים שבין פלאפון לבין מתחרותיה, וזאת גם אם לא מתייצב שיווי משקל מתואם ארוך טווח בין פלאפון למתחרותיה.

לאילו מצטרף גם החשש כי תניית ה-MFN עלולה לשמש כמקדמת התאמה בין החברות הותיקות. תחום הספקת שירותים סלולריים מתקדמים מבוססי תשתית בפריסה ארצית הוא ממועט מתחרים ופועלות בו כיום שלוש החברות הותיקות בלבד, והוא מתאפיין בחסמי כניסה משמעותיים שבמרכזם הצורך בפריסה יקרה של רשת סלולרית ואישורים רגולטוריים.⁷ הסדר הפוגע באופן משמעותי במוטיבציה של פלאפון להעניק הנחות, כפי שעולה מנסיבות הסדר זה, עלול להגביר את יכולת השימור של שיווי משקל מתואם ארוך טווח בין החברות הותיקות בכל הנוגע ללקוחות סיטונאים וללקוחות עסקיים ועל כן מצאתי כי גם מטעם זה הוא אינו ראוי למתן פטור.

4. סוף דבר

לאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ומיזוגים, ראיתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ולהעניק את הפטור המבוקש לתנית הבלעדיות אך לא ליתן פטור לתנית ה-MFN.

פטור זה יהיה בתוקף עד ליום 31.12.2014.

בהתאם לסעיף 15(א) לחוק ההגבלים העסקיים החלטתי ליתן פטור נתונה לערר בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל עליו ניתן הפטור. בפני המבקשים לאשר את תנית הלקוח המועדף, עומדת האפשרות לפנות לבית הדין להגבלים עסקיים בבקשה לאישור הסדר כובל, לפי סעיף 7 לחוק ההגבלים העסקיים.

⁴ אמנם לא צפוי כי כל הלקוחות הקיימים של מירס יעברו להשתמש בשירותי הרט"ן החדשים משום שרשת ה-iDEN הקיימת של מירס הינה בעלת יתרונות שרידות ויכולות PTT ("יוק-טוקי") ולכן נמצאת בשימוש נרחב אצל כוחות הבטחון הצפויים להמשיך להשתמש בהם.

⁵ יצוין, כי מירס הינה לקוח גדול במיוחד גם בהשוואה ללקוחות העסקיים הגדולים שאינם סיטונאים.

⁶ לפי תנאי מכרז התדירים, דמי הערבות שהעמידה מירס בסך 705,000,000 ₪ יושבו לה אם תצליח לגייס בתום שבע שנות פעילות נתח שוק של 7% מלקוחות הסלולר הפרטיים.

⁷ חסמים אלה הם שעומדים בבסיס תיקון 29 לחוק התקשורת בזק ושידורים, התשמ"ב-1982 אשר איפשר לכפות נפ"א על החברות הותיקות.

פרופ' דיויד גילה
הממונה על ההגבלים העסקיים

ירושלים, ו' ניסן תשע"ב
29 מרץ 2012