



רשות ההגבלים העסקיים

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

בדבר מתן פטור 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") (פלאפון ומירס להלן ביחד: "החברות") בבקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים") להסכם בין פלאפון ומירס שעניינו נדידה פנים ארצית (להלן: "ההסכם").

בהמשך ביקשו החברות להפריד את הבקשה ולהגיש בקשת פטור נפרדת בעניין התניות שבהסכם שעניין הסדר בלעדיות ותניית לקוח מועדף (MFN) ולבחון בעת הזו את יתרת ההסדר בלבד.

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, כמו גם את השפעתו האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי, ולאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ולמיוזגים, שוכנעתי כי, בכפוף לתנאים שיפורטו בהמשך, הכבילות אינן פוגעות פגיעה של ממש בתחרות בשוק, כי עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה וכי אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. מטעמים אלו מצאתי כי ההסדר ראוי לפטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, בשל הנימוקים 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").

מירס הינה חברה פרטית בבעלות מלאה של הוט מערכות תקשורת בע"מ (להלן: "הוט"), חברה ציבורית בשליטת מר פטריק דרהי. מירס מפעילה רשת סלולרית בטכנולוגיית iDen (שאינה מאפשרת שירותים מתקדמים כגון גלישה ברשת האינטרנט) ובחודש אפריל 2011 זכתה במכרז להקמת רשת רט"ן חדשה בטכנולוגיה מתקדמת.

2.2 ההסכם והכבילות

נדידה פנים ארצית (National Roaming) (להלן: "נפ"א") היא הסדר במסגרתו מתאפשר למפעילי סלולר שונים להשתמש זה ברשתו של זה לצורך מתן שירותי סלולר באזורים שונים במדינה. הסדרים כאלה יכולים להיחתם מרצון בין חברות הסלולר, בין היתר על מנת להימנע מההשקעה הגבוהה הנדרשת לפרישת תשתית רחבה של רשת סלולרית (מצב הנפוץ בארה"ב), או בעקבות הטלת חובה רגולטורית.

ביום 6 בינואר 2011 פורסם ברשומות תיקון 46 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: "תיקון 46"), במסגרתו עוגן הסדר ספציפי המחייב את פלאפון, סלקום ישראל בע"מ ופרטנר תקשורת בע"מ (להלן ביחד: "החברות הותיקות") במתן שירותי נדידה פנים ארצית לחברות שיזכו במכרז להקמת רשת רט"ן חדשה. תכליתו של תיקון 46 היא לקבוע מנגנון זמני שיאפשר לחברות שתקמנה רשתות רט"ן חדשות להתחיל להציע את שירותיהן לציבור וזאת גם בטרם פרסו את הרשתות במלואן.

לצורך יישום הסדר הנדידה הפנים ארצית, קבע משרד התקשורת ביום 14 באפריל 2011 הוראות ברישיונות החברות הותיקות המסדירות את אופן ביצוע הנדידה הפנים ארצית.

ביום 11 באפריל 2011 זכתה מירס במכרז שערכו משרדי האוצר והתקשורת, במסגרתו הוקצו לה תדרים נוספים והורחב רישיונה כך שתוכל להקים רשת סלולרית בטכנולוגיה מתקדמת (בהמשך זכתה גם חברת גולן טלקום בע"מ ברישיון דומה).

ביום 8 בנובמבר 2011 חתמו מירס ופלאפון על הסכם לפיו תספק פלאפון למירס שירותי נדידה פנים ארצית ושירותים נוספים, וזאת עד ליום 31 בדצמבר 2014 כאשר ההסכם יתחדש באופן אוטומטי לתקופה של שלוש שנים נוספות, אלא אם כן תמסור מירס הודעה אחרת. במסגרת ההסכם הוסדרו התנאים ההנדסיים והמסחריים להספקת שירותי נפ"א. כן עוגנו בהסדר שתי כבילות בנושאים נוספים אשר ראויות לתשומת לב מיוחדת, עליהן נעמוד כעת:

הראשונה, תניה ולפיה תאפשר פלאפון למירס להשתתף באתרי תקשורת ("אנטנות") שהקימה. מדובר בהסדר לשיתוף של עד 300 אתרים ובקצב של עד 100 אתרים בשנה. ההסדר כרוך גם בחילופי מידע ותיאום בין הצדדים באשר למיקום, מועד ואופן הקמת אתרי תקשורת. על-פי החוזה בין הצדדים, הסדר זה יעמוד בתוקפו עד שנת 2014, אך ככל שיתבצע שיתוף באתרים ספציפיים, יוותר זה בתוקפו למשך 5 שנים נוספות מיום מימוש השיתוף באתר הספציפי (עם אפשרות הארכה ל-5 שנים נוספות).

השניה, תניה ולפיה החל ממועד כניסת ההסכם לתוקף תספק פלאפון למספר מוגבל של לקוחות מירס, מבין הלקוחות הקיימים, שירותים על גבי רשת הרט"ן המתקדמת של פלאפון. המדובר למעשה בהסדר לפיו פועלת מירס כמשווקת של שירותי פלאפון (Reseller). תניה זו הינה בעלת אופי זמני ומוגבלת לשישה חודשים ממועד כניסת ההסכם לתוקף או עד למועד של 3 חודשים מיום מימוש מבצעי של הסכם הנדידה¹ לפי המוקדם ביניהם (להלן: "תקופת הביניים").

¹ בהתאם לס' 5(ג)(2) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, התחלת הנפ"א תתאפשר לאחר שמירס תוכל לספק שירותים סלולריים ל-10% מהאוכלוסייה לפחות.

3. השפעת ההסכם על התחרות

עמדת רשות ההגבלים העסקיים (להלן: "הרשות") ביכרה באופן עקבי תחרות בין תשתיות על פני תחרות על גבי תשתיות בתחום התקשורת.² מסיבה זו, רואה הרשות חשיבות רבה להקמתן של רשתות סלולר חדשות באמצעות תשתיות עצמאיות (זאת בנוסף לעידוד התחרות על גבי תשתיות, הבאה לידי ביטוי בפעילות של בעלי רישיונות רט"ן על גבי תשתיות של רשתות אחרות, המכונים Mobile Virtual Network Operator - MVNO). כאמור, נפ"א נועדה לשרת מטרה תחרותית זו של הקמת תשתית עצמאית, כפי שעמד על הדברים משרד התקשורת:

"תחום הרט"ן מתאפיין בתחרות בין גורמים מעטים, וקיימים בו **חסמי כניסה משמעותיים** למפעילים חדשים, הנובעים, בין השאר, מהעלות הגבוהה הכרוכה בהקמת תשתית רט"ן, מדרישת הרגולציה שלפיה פריסת התשתית תיעשה בכל הארץ ומההגבלות המוטלות על הקמת אתרי השידור הנובעות משיקולים סביבתיים ותכנוניים. משכך, הרי שאין בידי מפעיל חדש להקים רשת המאפשרת מתן שירותי רט"ן בכיסוי כלל ארצי, המונה אלפי תחנות בסיס בתוך זמן קצר, אלא במשך מספר שנים משמעותי. לפיכך, כדי שבעל הרישיון החדש יוכל לתת למנויי שירותי רט"ן בכל הארץ, כפי שנותן בעל הרישיון הקיים ולאפשר לו להתחרות בו באופן אפקטיבי, נדרש לחייב בעל רישיון קיים, לאפשר לבעל רישיון חדש לעשות שימוש ברשת הבזק הציבורית שלו..."³ (ההדגשות במקור – הח"מ)

דברים אלה מסבירים, אם כן, את ערכו החיובי של הנפ"א בקידום התחרות. הסדר זה צפוי לאפשר התחלת פעילות מהירה ונוחה יותר עבור מירס כך שתוכל לספק כיסוי מרבי עבור צרכניה כבר ממועד השקת רשת הסלולר החדשה שלה, חלף המתנה ארוכה לפרישת תשתית עצמאית בכל הארץ.

בכל הנוגע להסדר הפרטני בדבר שיתוף אתרים, הרי שבחודש יולי 2010 הגיש צוות בין-משרדי (להלן: "הצוות") (בו היה חבר גם נציג הרשות) את המלצותיו בדבר שיתוף אתרי תקשורת לשר התקשורת.⁴ המלצות הצוות היו לעגן בחקיקה חובה שתחול על חברות הסלולר לאפשר שיתוף באתרי התקשורת שבבעלותן, היינו בעיקר באנטנות סלולריות – ובפרט לאפשר זאת בתנאים מועדפים לחברות הסלולר החדשות, ביניהן מירס. סייג מרכזי לחובת השיתוף היה שהוא לא יחול בכל הנוגע לציוד האקטיבי המשמש לתקשורת עצמה (ציוד הרדיו, התמסורת וכיו"ב).

יוטעם, כי בבסיס המלצות הצוות עמדו שיקולים שונים – לרבות שיקולי בריאות הציבור, תכנון ובניה, איכות הסביבה, קידום ופיתוח טכנולוגי – וכן שיקולי תחרות שהצדיקו מתן התייחסות שונה ומיטיבה בכל הנוגע לשיתוף אתרים עם חברות הסלולר החדשות (בהן מירס). המלצות הצוות טרם עוגנו בחקיקה.

² ע"א 2082/09 יורקום די.בי.אס בע"מ נ' בזק חברת התקשורת הישראלית בע"מ (טרם פורסם, 20.8.09).

³ משרד התקשורת, שימוע לעניין הסדר נדידה פנים-ארצית, מכתב מיום 11.10.10, ראו http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/3/2303.pdf.

⁴ ראו הודעה לעיתונות ובה עיקרי המלצות הצוות פורסמה באתר האינטרנט של משרד התקשורת: http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/9/2589.pdf.

ההסכם שלפני אינו חורג מההמלצה של הצוות כנגד אפשרות השיתוף בציוד האקטיבי, שיתוף אשר מעורר חשש תחרותי נוכח העברת מידע וצינון התחרות בין המתחרים בכל הנוגע לרמה הטכנולוגית. אשר על כן, הסדר זה המקל על פריסתה האפקטיבית של מירס תוך הסתייעות תחומה בזמן באתרים של פלאפון – צפוי, ככלל, להיות בעל תועלת תחרותית.

באשר לתקופת הביניים בה תספק פלאפון שירותים מתקדמים על גבי רשת הרט"ן שלה ללקוחות מירס כאמור בהסדר המתואר לעיל, הרי שהסדר זה נועד לאפשר למירס להציע ללקוחותיה ליהנות משירותים מתקדמים (בסטנדרט של "דור שלישי") באופן מיידי ולשמרם כלקוחותיה עד למועד בו תתחיל להפעיל רשת מתקדמת באופן עצמאי. מכיוון שבנקודת הזמן הנוכחית מצויה מירס בנחיתות טכנולוגית ותחרותית, הסדר זמני זה אשר יאפשר לה להתחרות בצורה טובה יותר, הינו הסדר בעל ערך פרו-תחרותי.

עם זאת, אין לכחד כי לצד התועלות הפרו-תחרותיות של ההסדרים המתוארים לעיל, הם עשויים לעורר גם מספר חששות תחרותיים:

חשש מרכזי ראשון, נוגע **לחילופי המידע** ובפרט מעבר מידע ממירס לפלאפון, עקב השימוש של מירס בתשתיות של פלאפון. מכיוון שמירס היא אשר מתארכת על גבי רשתה של פלאפון, עיקר המידע שמועבר, לרבות מידע הנוגע ללקוחות של מירס, מועבר ממירס לפלאפון ורק מיעוטו (בעיקר בנושאים הנדסיים) מועבר בכיוון ההפוך, מפלאפון למירס.⁵ לחשש זה מתלווה גם העובדה שמירס הינה בבחינת מתחרה חדש (new entrant) בתחום, בעוד שפלאפון הינה אחת המתחרות המבוססות (incumbent). במקרה כזה, נוצר יתרון דווקא למתחרה המבוסס שבאפשרותו לעשות שימוש במידע כדי לסכל את כניסתו המוצלחת של המתחרה החדש,⁶ למשל באמצעות התמקדות במתן הצעות אטרקטיביות ללקוחות מירס (Targeting).

כמו כן, במקרים כגון זה מתקיים חשש מפני חילופי מידע בין מתחרים המקל על יצירת שיווי משקל מתואם, כפי שתואר בעבר:

"חילופי מידע בין הבנקים מעלים חששות להאחדת התנהגותם של מתחרים הן בתחום בו הוחלף המידע והן על דרך ה"חלחול" גם בתחומים אחרים. סכנה זו קיימת במיוחד בענף המאופיין בחסמי כניסה ומעבר גבוהים במיוחד כענף הבנקאות. בענף בעל מאפיינים אלו, חילופי מידע בתחומים הנוגעים לתחרות עלולים להוות פרקטיקה "מעודדת תיאום" (facilitating practice), גם אם לא לכך הייתה הכוונה מלכתחילה."⁷

על מנת להפיג חששות אלו, ובפרט את החשש לפיו פלאפון תפנה ללקוחות מירס באופן נקודתי, קבעו החברות בהסדר תנאים הדורשים הקפדה על סודיות המידע ואי-חשיפת המידע הנוגע למירס בפני עובדי פלאפון העוסקים בתחומי השיווק והמכירות. עם זאת, חרף העיגון של סודיות

⁵ ראו מכתב מנכ"ל משרד התקשורת מיום 14.4.11 בעניין "הסדר הנדסי ותפעולי של נדידה פנים ארצית – תיקון רישיונות רט"ן" בסעיף טו', http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/0/2540.pdf.

⁶ בעניין חשש דומה להעברת מידע בין חברות טלפוניה בדבר זהות לקוחותיהם, ראו החלטה בדבר מתן פטור בתנאים מאישור הסדר כובל בין בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, הוט טלקום שותפות מוגבלת, פלאפון תקשורת בע"מ, סלקום ישראל בע"מ, סלקום תקשורת קווית שותפות מוגבלת, פרטנר תקשורת בע"מ, פרטנר תקשורת בע"מ, פרטנר פתרונות תקשורת נייחים שותפות מוגבלת, מירס תקשורת בע"מ, 012 טלקום וגלובל תקשורת שותפות מוגבלת; 5001336 הגבלים עסקיים 2008.

⁷ החלטה בדבר מתן פטור בתנאים מאישור הסדר כובל להסדר בין בנק מזרחי טפחות בע"מ, בנק איגוד בע"מ והבנק הבינלאומי הראשון בע"מ – הקמת בסיס נתונים משותף לאמידת סיכונים אשראי; 2006 הגבלים עסקיים 5000434.

זו בחוזה בין הצדדים, מצאתי לנכון לקבוע אותו גם כתנאי למתן פטור זה, עקב כוחם המוגבל של הסדרים חוזיים לרפא חששות תחרותיים הנובעים מאותה התקשרות עצמה.⁸

כן נאסר על החברות להעביר כל מידע הנוגע ללקוחות (למעט מידע בדבר לקוח הנדרש לצורך טיפול בפניה בעניין טכני, כמפורט בתנאים שלהלן), לתוכניות עסקיות ולהתנהלות עתידית, לעלויות, לרווחיות ולמחירים, וזאת למעט מידע נקודתי בדבר עלויות ומחירים שהוגדר מראש ואינו נוגע לליבת הפעילות של החברות (דוגמת עלות התאמת הממשקים שבין מערכות החברות). לגבי מידע זה נמצא כי העברתו אינה מעוררת חשש תחרותי.

חשש נוסף אשר יש לתת עליו את הדעת בנסיבות העניין, הוא החשש מפני יצירת **זירת פעולה משותפת** ("שולחן משותף") בין חברות האם של פלאפון ומירס, בזק והוט בהתאמה. החשש בהקשר זה הוא כי בשיתוף פעולה זה יהיה כדי להשפיע על התחרות ביניהן גם בתחומים שאינם נוגעים לפעילות הסלולר. נזכיר, חברות אלו מוכרזות כל אחת כבעלת מונופולין בתחומי פעילות שונים בענף התקשורת ומהוות מתחרות, בעצמן או באמצעות חברות בנות, בתחומים דוגמת הטלפוניה הנייחת, האינטרנט והטלוויזיה הרב-ערוצית. בין היתר על רקע חשש זה, הוגבל שיתוף הפעולה בין הצדדים לתקופה שלוש שנים בלבד (כאשר שיתוף הפעולה בנוגע לשירותים מתקדמים מוגבל כאמור בלאו הכי למספר לקוחות מצומצם ולשישה חודשים בלבד). כמו כן הוגבלה זהות האנשים העוסקים בשיתוף הפעולה הנדרש ליישום הסכם זה, ובפרט נאסר על בעלי תפקידים העוסקים בשיווק ומכירות לקחת חלק בשיתוף הפעולה האמור.

תקופת הפטור מוגבלת עד ליום 31 בדצמבר 2014, בדומה לתקופת ההסכם. לאחר מועד זה, נתונה בידי מירס הבחירה האם להאריך את ההסכם לתקופה נוספת. ככל שתבקש לעשות כן, יהא על הצדדים להביא את הפטור לבחינה מחודשת.

4. סוף דבר

לאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ומיזוגים, ראיתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ולהעניק את הפטור המבוקש להסכם נשוא החלטה זו, וזאת בכפוף לתנאים הבאים:

הגדרות:

"**אדם קשור**" – כאמור בפסקה (1) להגדרת מונח זה בכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"ו-2006;

"**החברות**" – פלאפון תקשורת בע"מ ומירס תקשורת בע"מ;

"**ההסכם**" – הסכם בין החברות מיום 8 בנובמבר 2011 שכותרתו "הסכם נדידה פנים ארצית", על נספחיו, כפי שצורף לבקשת הפטור;

"**בעלי התפקידים המורשים**" – עובדי החברות הנדרשים לצורך יישום ההסכם. מבלי לגרוע מכלליות האמור, לא ימנו על עובדים אלה עובדים העוסקים בתחום השיווק והמכירות או עובדים ונושאי משרה באדם קשור לחברות.

⁸ החלטה בדבר מתן פטור בתנאים מאישור הסדר כובל להסדר **בין סלקום ישראל בע"מ, פרטנר תקשורת בע"מ, פלאפון תקשורת בע"מ ו-LECG Ltd**; 2007 הגבלים עסקיים 5000601.

התנאים :

1. החברות לא תעשנה כל שימוש במידע שהועבר או יועבר אליהן במסגרת ההסכם, אלא לצורך ביצועו של הסכם זה.
2. המידע המתקבל אצל החברות במסגרת ההסכם לא יועבר לכל צד שלישי, וכן לא יועבר לכל גורם בחברה, זולת בעלי התפקידים המורשים.
3. החברות יקפידו כי המגעים ביניהן ייעשו באופן המצמצם ככל הניתן כל חשש לפגיעה בתחרות ובכלל זה:
(א) החברות לא יעבירו ביניהן, במישרין או בעקיפין, כל מידע עסקי, טכנולוגי או אחר, אשר אינו נדרש לשיתוף הפעולה במסגרת ההסכם. מבלי לגרוע מהאמור לעיל, החברות לא תעברנה ביניהן, במישרין או בעקיפין, כל מידע שהעברתו עשויה לגרוע מן התחרות, בפועל או בכוח, לרבות מידע בדבר לקוחות; מידע הנוגע לעלויות, לרווחיות, לתמחור ולמחירים; ומידע הכולל פרטים הנוגעים לתכניות עסקיות כלליות או פרטניות, בין בעבר ובין בעתיד.
(ב) על אף האמור בסעיף (א) לעיל, יהיו החברות רשאיות להעביר ביניהן את המידע המפורט להלן בלבד:
(1) מירס תהא רשאית להעביר לפלאפון מידע בדבר לקוח הנדרש לצורך טיפול בפניה בעניין טכני, במידה ונדרשת יצירת קשר ישיר בין לקוח מירס לבין פלאפון לשם טיפול בפניה (להלן: "הלקוח הפונה"). בסיום הטיפול בתקלה לא תחזיק פלאפון כל מידע בדבר הלקוח הפונה ולא תעשה כל שימוש במידע זה.
(2) פלאפון תהיה רשאית להעביר למירס את המידע המפורט בסעיפי ההסכם שלהלן: סעיף 3 (הגדרת המונח "יחידת תנועה לחיוב"), סעיף 8.1.2, סעיף 8.1.3, סעיף 12.2, סעיף 12.3, סעיף 2 בנספח ב' וסעיף 12 בנספח ד'.
(ג) ניהול המגעים בין החברות במסגרת ההסכם, ייעשה אך ורק על-ידי בעלי התפקידים המורשים.
4. התעורר ספק בדבר פרשנותם או תחולתם של תנאים אלה - יובא הדבר להכרעת הממונה.
5. פטור זה יהיה בתוקף עד ליום 31.12.2014.

למען הסר ספק יצוין, כי החלטה זו ניתנת אך ורק בהתאם לסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ואין בה משום אישור לכך שההסכם עומד בתנאי חקיקה אחרת, לרבות בדרישות דיני התקשורת. בהתאם לסעיף 15(א) לחוק ההגבלים העסקיים נתונה החלטתי זו לערר בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל עליו ניתן הפטור.

פרופ' דיויד גילה

הממונה על ההגבלים העסקיים

ירושלים, כ"ז אדר תשע"ב

21 מרץ 2012