



## רשות ההגבלים העסקיים

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

**בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדרים שצדדים להם:**

**אי סי פי חברת התכניות לכבלים בישראל בע"מ ומפיקים שונים,**  
**כמפורט ברשימת הבקשות הנספחת לבקשה זו**

### **1. פתח דבר**

בפניי 107 בקשות, שהוגשו החל מיום 11.9.2002 ועד ליום 5.2.2004, למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק"), להסכמים בין אי סי פי חברת התכניות לכבלים בישראל בע"מ (להלן: "אי.סי.פי") לבין מפיקים וחברות הפקה שונות (להלן: "המפיקים") בדבר רכישה ושידור בבלעדיות של תכנים והפקות מקומיים.

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, כמו גם את השפעתם האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי, ולאחר שנועצתי בועדה לפטורים ולמיזוגים, שוכנעתי כי הכבילות שבהסדרים אינן פוגעות פגיעה של ממש בתחרות בשוק הרלבנטי, כי עיקרן אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, וכי אין בהסדרים כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרם. על כן מצאתי כי ראויים הם לפטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים.

### **2. ההסכמים והרקע להסכמים**

המבקשת, אי.סי.פי חברת התכניות לכבלים בישראל בע"מ, היא חברה שהוקמה במשותף על ידי ארבע זכייניות הכבלים<sup>1</sup> לשם רכישה משותפת של זכויות שידור, סרטים ותוכניות הן מהפקות שאינן ישראליות, הן מחברות הפקה וממפיקים ישראלים (להלן: "הפקות מקור") והן ממפיקי ערוצים עצמאיים.

הסדר זה של שיתוף פעולה בין החברות היה בגדר הסדר כובל כמשמעותו בחוק ההגבלים העסקיים והוא אושר על ידי בית הדין להגבלים עסקיים (להלן: "בית הדין") בתנאים שונים מספר פעמים וזכה לכינוי "הסדר אי.סי.פי" (ה"ע 3276/99 ערוצי זהב ושות' ואח' נ' איגוד במאי

---

<sup>1</sup> עידן חברה לכבלים בע"מ, מתב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ, ערוצי זהב ושות' ותבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ.

קולנוע וטלוויזיה בישראל ואח', דינים-מחוזי לב(7), 594; ה"ע 466/95 עידן חברה לכבלים בע"מ ואח' נ' הממונה על הגבלים עסקיים ואח', 1996, הגבלים עסקיים, 3006662).

לימים ביקשו חברות הכבלים להתמזג באופן מלא ולהפוך למעשה ליישות עסקית מהותית אחת. בקשה זו קיבלה ב-22 באפריל 2002 את הסכמת, אשר ניתנה בתנאים, בהתאם לסמכותי הקבועה בסעיף 21(א) לחוק (להלן: "המיזוג" או "תנאי המיזוג").

סעיף 4.2 לתנאי המיזוג קבע כי:

**"חברות התשתית והשידורים לא ירכשו זכות שידור של תכנים מקומיים בבלעדיות אלא אם יינתן לכך אישור בית הדין להגבלים עסקיים או פטור מאת הממונה; בלי לגרוע מכלליות האמור, חזקה כי תכנים שניתנה לגביהם בלעדיות לתקופה שאינה עולה על שנתיים ממועד הרכישה ראויים לפטור."** (ההדגשות הוספו)

על הסכמתי למיזוג הוגש ערר לבית הדין על ידי חברת די.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ (להלן: "חברת הלוויין")<sup>2</sup>. במקביל לדיון שהתנהל בערר, הגישה אי.סי.פי לאורך כל אותה תקופה, 107 בקשות פטור לרכישה ושידור בבלעדיות של הפקות מקור בהתאם לקבוע בסעיף 4.2 לתנאי המיזוג.

ביום 9 ביוני 2004 דחה בית הדין את ערר חברת הלוויין ואישר את החלטתי. עם זאת ביטל בית הדין את החזקה שקבעתי בסיפא של סעיף 4.2 לתנאי המיזוג<sup>3</sup> וקבע שכל רכישה של תכנים מקומיים בבלעדיות תותנה במתן פטור מאת הממונה או באישור בית הדין.

הפקות המקור שהובאו במסגרת הבקשות דכאן נופלות לגדרם של תכנים מקומיים ולפיכך חייבות הן בקבלת פטור מאת הממונה לפי סעיף 14 לחוק או בהיתר מבית-הדין.

### **3. ההסדר הכובל**

במסגרת הבקשות המונחות לפני מופיעים הסכמים הכוללים כבילות המעניקות בלעדיות לאי.סי.פי בשידור הראשוני ובשידורים חוזרים של ההפקות המקומיות לתקופות זמן שונות, בהתאם לכל הסכם והסכם.

יודגש כי תניית הבלעדיות אינה כובלת את היוצר לבל יעסוק עם המתחרה כליל. היא מוסבת על היצירה ולא על היוצר. לכך חשיבות רבה בעיני, שכן בעוד שטעמה של בלעדיות ביצירה המופקת להזמנתה של אי.סי.פי – היא לגיטימית ביסודה ואך מובנת – לא כן דינה של בלעדיות על פעלוותיו של היוצר. בלעדיות כזו מן הסוג האחרון היא פסולה שכן בהתקבץ יחדיו מספר רב של הסדרי בלעדיות עם יוצרים עלולה בסופו של יום לקום חסימה והצרה ניכרת של יכולת המעבר וניוד החיוניים לקיומה של תחרות ערה בשוק.

<sup>2</sup> ה"ע 7006/02, 7005 די.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח', 2004, הגבלים עסקיים, 3020444 (להלן: "הערר")

<sup>3</sup> סעיף 66 לפסק דינו בערר

#### **4. החשש התחרותי**

החשש העולה מהסכמי הבלעדיות נשוא בקשה זו הוא יצירתם של חסמי מעבר בין הכבלים ללווין. טענות חברת הלווין כפי שעלו בערר אותו הגישה לבית הדין על המיזוג הן, כי חברות הכבלים ממקדות את כוחן ברכש תכנים של הפקות מקור כדי להקים חסם מעבר אל חברת הלווין. טענה זו לא התקבלה על ידי בעת בחינת המיזוג ואף בית הדין נטה שלא לקבלה<sup>4</sup>.

#### **5. השפעת ההסדר על התחרות**

כאמור, לא מצאתי כי הטענה בדבר "חסם המעבר" יש לה על מה שתסמוך באופן גורף לגבי כל הסכמי הבלעדיות של הפקות המקור. גם בבחינה פרטנית של בקשות הפטור התברר כי אף אחת מההפקות אינה מהווה חסם מעבר של ממש. אמנם הועלתה בפני הטענה כי הפקות המקור המרכזיות המשודרות על ידי הכבלים כגון תכניתו של הברדן אלי יצפאן ותכניתו של מר גיא פינס הן גורם משמעותי במערכת השיקולים הנוגעת לבחירת ספק שידורי טלוויזיה רב ערוצית, אולם בחינת המימד הכלכלי של טענה זו הובילה למסקנה כי הפקות המקור של חברות הכבלים ובכללם אף התכניות המוזכרות לעיל אינן מהוות חסם מעבר משמעותי. מסקנתי זו מקורה במספר טעמים:

##### **5.1 טעם ראשון – הבלעדיות מעודדת קידום של הפקות מקומיות**

ההפקות המקומיות נשוא בקשות הפטור הן פרי השקעתה של חברת אי.סי.פי, השקעה זו כוללת, השקעה כספית, ייזום, מעורבות בתכני ההפקות וליווי ההפקה בשלביה השונים.

בתמורה להשקעה זו, מקבלת חברת אי.סי.פי את זכויות השידור הבלעדיות של השידור הראשוני ומספר שידורים חוזרים של אותן הפקות.

לאור חובת המכירה (must sell) המוטלת על חברות הכבלים לגבי תכנים זרים הופכות ההפקות המקומיות להיות "הקטר" המושך אחריו את הקרונות במעלה התחרות בתחום התוכן, הגורם למתחרים להשקיע בהפקתן של הפקות מקומיות רבות וטובות, שיאפשרו להם להתחרות בחברת אי.סי.פי וכך ליצור למנוייהם תחליפים להפקות המקומיות נשוא בקשה זו.

מאידך, קביעת מדיניות כללית שאינה מתירה הסכמים המעניקים בלעדיות לחברת אי.סי.פי - תוביל למצב בו מתחרי חברות הכבלים יוכלו, ללא כל השקעה ומאמץ מצידם, לברור את ההפקות המצליחות (cream skimming) ולהנות מהן ובכך להנות הנאת חינם (free riding) ממאמציה ויזמותה של אי.סי.פי. מצב זה יוביל באופן ברור להעדר מוטיבציה של אי.סי.פי להשקיע בהפקות מקור ולהעדר מוטיבציה מצד גורמים מתחרים ליצור הפקות רבות נוספות.

<sup>4</sup> פסקאות 31-36 לפסק דינו בערר

## **5.2 טעם שני – יצירת בידול תכני בין הלווין לחברות הכבלים**

תניות הבלעדיות נשוא בקשה זו אמנם מגבילות את התחרות על ההפקות הספציפיות, אך בו זמנית מגבירות הן את התחרות על ההפקות המקומיות וכך יוצרת התחרות על הפקות המקור אפשרויות רבות יותר בפני הצופה.

ביטול הבלעדיות יביא להעדר בידול בתכנים בין הלווין לבין חברות הכבלים, בידול שהוא הכרחי להתפתחות תחרות בשוק הטלביזיה הרב ערוצית. העמדתה של כל הפקה מקומית שתעשה על ידי אי.סי.פי לרשות המתחרה היחיד שלה, תפגע בתמריץ לייצר הפקות איכותיות ואטרקטיביות שיקנו להן יתרון על פני המתחרה.

כאמור ביטול הבלעדיות יגרום, להפחתה משמעותית של המוטיבציה של אי.סי.פי להשקיע בשיפור וקידום אותן הפקות שהיא צופה שיצליחו. בכך יפגע גם הבידול בין החברות המתחרות.

## **5.3 טעם שלישי – הבלעדיות נחוצה לשמירה על התחרות ואינה יוצרת חסמי מעבר**

איסור רכישת הפקות בבלעדיות עשוי לפגוע בתחרות במובן זה שהדבר יפחית מהתמריץ של החברות ליצור תכני שידור איכותיים שיקנו להן יתרון על פני מתחריהם. יתרון שכזה יוכל להתקיים רק אם תכני שידור אלו לא יועמדו לרשות המתחרים. נוסף על כך, תניות הבלעדיות, לא תפגענה בתחרות בין הגורמים המשדרים, באשר אין כל מניעה ליצור תחליפים לכל אחת מן התכניות.

כשם שחברת אי.סי.פי יוזמת ומשקיעה בתוכניות אלו – כך יכולים גופים משדרים אחרים ליזום הפקות מקומיות מתחרות מצליחות וטובות לא פחות. מפיקים, מנחים, יוצרים ושחקנים ישראלים הינם משאב קיים, שאינו במחסור. המחסור הינו בייזום, בהשקעה וברצון להשקיע בקידום תוכניות מקומיות הנושאות בחובן אף סיכונים. סיכונים אשר לא יילקחו על ידי אף אחת מהחברות בידוע כי השקעותיהן המניבות יפלו כפרי בשל לידי מתחרותיהן ואילו בהשקעות אשר לא צלחו, עלות ההשקעה תיפול על גבן באופן בלעדי.

לא זאת אף זאת, מתן אפשרות לגופים משדרים אחרים ליהנות מתוכניות בהן השקיעה אי.סי.פי בתקופה הראשונית לאחר יצירתן – להבדיל משידורן בתקופה מאוחרת יותר – משמעה גם פגיעה ביוצרים המקומיים, אשר יעמדו מול מתחרה אחד וממילא משמעותה גם פגיעה בתרבות הטלוויזיונית המקומית, בחופש הביטוי והיצירה האומנותית.

טענה כי שיתוף פעולה של אלמוני עם פלמוני יקשה על פלוני המתחרה בהם, את התחרות עימם, ולכן יש למונעו – היא מסוג הטענות הלוקות באי-הבחנה יסודית לגבי תפקידו ומקומו של מערך ההגבלים העסקיים בחיי הכלכלה. לפי דיני התחרות מערך ההגבלים העסקיים נועד להגן על התחרות ולא להגן על מתחריה. לעתים נדמה כי ההבחנה מטשטשת מקום בו התחרות כולה מחוללת על ידי מתחרה אחד ויחיד, אולם גם אז היא עדיין שרירה וקיימת. מערך ההגבלים לא נועד לסייע לגורם פלוני להתחרות על ידי קשירת ידיהם של מתחריו המבקשים ליצור או לשפר מוצר או שירות. תכליתו היא במניעת פעולות אשר אינן מאפשרות למתחרה כל מענה גם אם יקדיש ממיטב מאמציו ומרצו (כגון שיתוף פעולה לחסימת תשומות או טורפנות). פרשנות אחרת תביא לתוצאה בלתי סבירה, בלתי רצויה ונטולת בסיס משפטי, לפיה מערך ההגבלים העסקיים

נועד להתגייס תמיד לטובת מתחרים חלשים פן ייכשלו בתחרות עם זה אשר השכיל ליצור מוצר חזק ויעיל הנהנה מפופולאריות אצל הבריות.

אוסף ואומר כי בעת כתיבת שורות אלו נראה כי ניצני התחרות בתחום הפקות המקור החלו להיראות; חברת הלווין חתמה אף היא על מספר הסכמים להפקות מקור, הפקות אשר ביססו את מעמדה כמתחרה בחברות הכבלים גם בתחום זה<sup>5</sup>.

## **6. עמדת חברת הלווין**

טרם קבלת החלטתי הענקתי לחברת הלווין, שהיא הנפגעת הפוטנציאלית העיקרית, אפשרות להשמיע את עמדתה ביחס לאפשרות מתן הפטור להפקות המקומיות, הן באשר לכל הפקה באופן ספציפי והן באשר לתמונה הכוללת. מחברת הלווין נמסר כי היא אינה מעוניינת להשמיע את עמדתה מאחר שהיא אינה רואה טעם בכך.

## **7. סוף דבר**

מן המקובץ עולה, כי אין בהסכם שבפני הגבלת התחרות בחלק ניכר מן השוק המושפע מן ההסדר. כן, עיקרן של הכבילות אינו בהפחתת התחרות או מניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

על-כן, לאחר שנועצתי בועדה לפטורים ומיזוגים, ראיתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ולהעניק את הפטור המבוקש ל 107 בקשות הפטור.

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.

דרור שטרום

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ב' חשוון, תשס"ה

17 באוקטובר 2004

<sup>5</sup> כך לדוגמא התוכניות "פרויקט Y" ו"השיר שלנו"