

בתי המשפט

<u>ה"ע 7005/02</u>		<u>בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים</u>	
<u>ה"ע 7006/02</u>			
09/06/2004		לפני:	כבוד השופט יהונתן עדיאל - אב בית הדין עו"ד טלי נמרודי - חברה מר אבי אקשטיין - חבר

בעניין: די.בי.אס שרותי לוויין (1998) בע"מ

העוררת ע"י ב"כ עוה"ד ארדינסט, בן נתן ושות'

- נ ג ד -

1. הממונה על ההגבלים העסקיים
ע"י ב"כ עו"ד בועז גולן ו/או אחרים מרשות ההגבלים העסקיים

2. גוונים טלוויזיה בכבלים בע"מ (בהקפאת הליכים)
ו-17 תאגידים
המשיבים כולם ע"י ב"כ עוה"ד צבי אגמון ושות'

פסק דין

1. שדורי טלוויזיה רב ערוצית בכבלים מופעלים בישראל על-ידי שלושה תאגידים : תבל תקשורת בינלאומית לישראל בע"מ (הנמצאת כיום בהקפאת הליכים לפי סעיף 350 לחוק החברות, התשנ"ט-1999) (להלן - תבל), מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ (להלן - המתב) וערוצי זהב ושות' (להלן - ערוצי זהב). שלוש קבוצות אלה (שייקראו בהמשך חברות הכבלים (טל"כ) או המשיבות) מרכזות בידן כיום את כלל הזיכיונות לשידורי טלוויזיה רב ערוצית בכבלים בישראל. כל אחת מהחברות האמורות

פועלת במרחב גיאוגרפי נפרד ועצמאי מזה שבו פועלות החברות האחרות, והן אף מוכרזות באזורי זיכיון כבעלות מונופולין בתחום אספקת שירותי טלוויזיה רב ערוצית בתשלום (הכרזת הממונה על הגבלים עסקיים, בהתאם לסעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, מיום 8.11.99). במאמר מוסגר נעיר, שבהליך זה לא חלק איש מהצדדים על כך שהשוק בו פועלות המשיבות והעוררת הנו שוק אספקת שירותי טלוויזיה רב ערוצית בתשלום. לפיכך, גם אנו נניח, בלא לקבוע בנושא זה (השנוי במחלוקת בתיק אחר המתנהל בבית הדין), מסמרות, שזו הגדרת השוק הרלוונטית לענייננו.

2. חברות הכבלים ביקשו לבצע ביניהן עסקת מיזוג והן הגישו על כך בקשה לממונה.
3. ביום 22.4.2002 הודיע הממונה על הגבלים עסקיים (להלן – הממונה) על הסכמתו, למיזוג בין המשיבות בהתאם לתנאים אשר נקבעו בהחלטה (להלן – "המיזוג" ו"החלטת הממונה" בהתאמה).
4. העוררת, די.בי.אס. שירותי לוויין (1988) בע"מ (להלן – חברת הלוויין או העוררת) עוסקת אף היא באספקת שירותי טלוויזיה רב ערוצית למנויים, אך שידוריה מתבצעים באמצעות לוויין. חברת הלוויין מבקשת בערר זה לבטל את החלטת הממונה, ולחילופין, להתנות את המיזוג בתנאים נוספים ו/או חלופיים לתנאים שנקבעו בהחלטה.

רקע כללי

5. משך למעלה מעשור עוסקות חברות הכבלים בשידורי טלוויזיה רב ערוצית בכבלים מכוח זיכיונות שניתנו להן על-פי חוק הבזק. על-פי הזיכיונות הוקצה לכל בעלת זיכיון אזור נפרד, שרק בו היא הורשתה לספק את שירותיה לציבור. עם זאת, משך כל או רוב שנות קיומן שיתפו חברות הכבלים פעולה ברכישה, הפקה ואריזת תכני שידור במסגרת הסדר כובל, אשר זכה לכינוי "הסדר ICP". הסדר זה אושר בעבר פעמיים על-ידי בית הדין להגבלים עסקיים (תיק ה"ע 466/95 עידן חברה לכבלים בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח', דינים-מחוזי לב(1) 393 ; ותיק ה"ע 3276/99 ערוצי זהב ושות' ואח' נ' איגוד במאי קולנוע וטלוויזיה בישראל ואח', דינים-מחוזי, לב(7) 594).

עתה, מבקשות חברות הכבלים למסד את שיתוף הפעולה ביניהן באופן קבוע, על דרך של מיזוג.

החלטת הממונה

6. הממונה אישר כאמור את המיזוג בכפוף לסדרה של תנאים, שעיקרם בתמצית הוא כדלקמן:
 - א. הפרדה בין תשתית הכבלים של המשיבות לבין פעילות השידור המתבצעת על ידן, בדרך של יצירת שתי חברות: חברת שידורים, שתרכז את פעילות השידור, וחברת תשתית שתחזיק ותפעיל את תשתית התקשורת המופעלת כיום על-ידי המשיבות.

הפרדה זו נועדה להבטיח שאדם המעוניין להתחרות בחברת השידורים הממוזגת על גבי רשת הכבלים, יוכל לעשות כן על בסיס שווה, בלא שהשימוש בתשתית שידורי כבלים יהיה תלוי בחברת השידורים המתחרה בו.

הפרדת פעילויות התשתית והשידורים לוותה בשינוי מבנה הבעלויות בחברות אלה באופן, שבתוך 48 חודשים ממועד מתן האישור יהיו לפחות 20% של אמצעי השליטה בחברת השידורים בבעלות אדם שאינו מחזיק באמצעי שליטה כלשהו בחברת הכבלים או בחברת התשתית ואינו בעל זיקה למחזיקי שליטה כאמור. תנאי זה יכול שיתקיים על-ידי העברת 20% מאמצעי השליטה בדרך של מכירה פרטית או בדרך של הנפקת ניירות ערך לציבור.

ב. חברת התשתית חויבה להעניק לכל משתמש גישה מלאה לתשתית שידורי הכבלים (Open Access). בכלל זה למשתמשים המתחרים בחברת השידורים.

חובה זו, של מתן גישה מלאה לתשתית שידורי הכבלים, לא תחול כלפי אדם המשדר שידורי טלוויזיה רב-ערוצית כלל ארציים על גבי תשתית ארצית שבשליטתו, היינו, לא תחול על חברת הלווין. זאת, למעט במקרה שבו ייוכח הממונה כי חלה הרעה מהותית בשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית למנויים, למשל אם חברת הלווין תפסיק את פעילותה בשל חדלות פירעון, שאז הוא יהיה רשאי להורות לחברת התשתית להעניק שירות תשתית הנדרש לאספקת חבילת ערוצים גם לחברת הלווין.

ג. על חברות השידורים והתשתית נאסר להחזיק בבעלות במפיק ערוץ וכן נאסר עליהן להפיק ולארוז ערוצים, זולת ערוץ המשפחה (3) וערוץ הסרטים שבחבילה הבסיסית (4). כמו כן, נאסר על חברות התשתית והשידורים לרכוש תכני שידור, אלא לצורך שידורם בערוצים 3 ו-4.

ד. על חברות התשתית והשידורים נאסר לרכוש ערוצים או תכנים בבלעדיות, אלא באישור בית הדין להגבלים עסקיים, או אם ניתן על כך פטור מהממונה. איסור זה חל גם על רכישה בלעדית של תכנים מהפקה מקומית, אלא שלגבי האחרונים נקבעה חזקה, כי תכנים שניתנה לגביהם בלעדיות לתקופה שאינה עולה על שנתיים ממועד הרכישה ראויים לפטור.

ה. על תכנים המשודרים בערוצים 3 ו-4, שההתקשרות לרכישתם המשותפת נעשתה קודם למתן פסק הדין בתיק ה"ע 3276/99, או מכוח האישור שניתן בפסק הדין האמור לרכישה משותפת, תחול חובת מכירה ללווין. חובת מכירה כזו תחול גם על תכנים שנרכשו או שיירכשו על-ידי חברות הכבלים במשך 24 חודשים ממועד אישור המיזוג, זאת בכפוף לכך שחברת הלווין תסכים אף היא ליתן זכות רכישה לחברות הכבלים לגבי תכני שידור שנרכשו או שיירכשו על ידה.

ו. המשיבות תספקנה לציבור שירותי טלפונים ניחים על גבי תשתית הכבלים, במועדים ובהיקף אשר נקבעו בתנאים.

7. טענתה העיקרית של חברת הלווין נגד החלטת המיזוג, היא שהמיזוג יפגע בתחרות בשוק אספקת שידורי הטלוויזיה הרב ערוצית, בשל כוח השוק שהוא יקנה למשיבות.

הפגיעה בתחרות עקב המיזוג תיגרס, על-פי הטענה, עקב כוח השוק המוגבר שהוא יקנה לחברות הכבלים אשר יבוא לידי ביטוי בעיקר ברכש תכני שידור, עמו יקשה על העוררת להתמודד. פגיעה נוספת בתחרות עקב המיזוג, נטען, היא הפגיעה בתחרות הפוטנציאלית, אשר עתידה הייתה להתפתח, אלמלא המיזוג, בין חברות הכבלים, באזורים שבהם פועלת כיום כל אחת מהחברות באופן בלעדי. המיזוג המוצע, מוסיפה וטוענת העוררת, מקבע מבנה שוק לא ראוי, שבו אין הפרדה בין תשתית השידורים לבין הספקת תכני השידור, והוא מחמיץ הזדמנות חד-פעמית לקבוע מבנה שוק תחרותי, המפריד בין פעילות תשתית השידורים לבין פעילות התוכן. עוד נטען, שהממונה העדיף, באשרו את המיזוג, לעודד את התחרות בשוק הטלפוניה תוך שהוא מקריב לצורך כך את שוק שידורי הטלוויזיה הרב ערוצית. לעוררת טענות נוספות בנוגע לתנאים בהם אושר המיזוג.

8. סעיף 21(א) לחוק ההגבלים העסקיים קובע:

"הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או יפגע הציבור באחת מאלה:

- (1) רמת המחירים של נכס או של שירות;
- (2) איכות נמוכה של נכס או של שירות;
- (3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה".

החשש לפגיעה בתחרות או בציבור עקב מיזוג, נובע, ככלל, מהחשש לשינוי מבנה השוק אשר עשוי להגדיל את הריכוזיות בשוק ולהקנות או להגביר כוח שוק בידי הגוף שקם בעקבות המיזוג.

תחרות פוטנציאלית

9. אין חולק על כך, שכיום חברות הטל"כ אינן מתחרות זו בזו, שכן כל אחת מהן הנה בעלת מונופולין על שידורי טלוויזיה רב ערוצית בכבלים באזור זיכיונה.

10. מבחינה זו, אין מדובר במקרה שלפנינו במיזוג אופקי, שכן חברות הכבלים פועלות בשווקים גיאוגרפיים שונים. אין מדובר גם במיזוג אנכי, שכן השווקים בהם פועלות חברות הכבלים אינם מצויים בחוליות עוקבות של שרשרת הייצור, באופן שאין ביניהם, בפועל או בכוח, יחסי ספק-לקוח. מכאן, שמדובר במיזוג קונגלומרטי (ראה פסק הדין בעניין **פוד קלאב** (ערר 1/00 **פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'**, תק-מח 2003(2), 5587, סעיף 71 לפסק הדין; H. Hovenkamp, **Antitrust Law** (Vol. 1, p. 357 (ABA - להלן - American Bar Association) **Developments** (Forth) בהוצאת ה- 551-552 (By West Group. 2nd. Ed, 1999) ; וכן **Federal Antitrust Policy**).

11. עם זאת, טוענת חברת הלווין, שהממונה לא הביא בהחלטתו בחשבון את הפגיעה בתחרות הפוטנציאלית בשוק השידורים הרב ערוצים. על-פי טענה זו, הממונה בחן את השלכותיו של המיזוג המבוקש לאור המצב בשוק השידורים הרב-ערוציים, כפי שהנו היום. היינו, כאשר חברות הכבלים הן מונופולים אזוריים, אשר אינן מתחרות בפועל זו בזו.

אלא שאת המיזוג המבוקש ואת השפעותיו על השוק, טוענת העוררת, אין לבחון רק בהשוואה למצב הקיים, אלא יש לבדוק בהתייחס למצב שיכול היה להתפתח לולא אושר המיזוג. זאת, בהנחה ששינוי רגולציה עתידיים יאפשרו לגופים המתמזגים להתחרות ביניהם.

כבר עתה, טוענת העוררת, בהתאם להוראותיו של תיקון 25 לחוק התקשורת, רשאית כל אחת מחברות הכבלים לשדר באופן ארצי, ללא מגבלה אזורית. בהתאם לתיקון החקיקה האמור, נטען, מאפשרים רשיונותיהם של חברות הכבלים, אשר הוענקו להן, או יוענקו בקרוב, שידור ארצי. שידור ארצי כזה של כל אחת מחברות הכבלים בכל האזורים, גם כאלה שבהם פועלות כיום חברות כבלים אחרות, יכול להתבצע, לפי הטענה, בין על דרך של התקנת תשתיות נוספות, ובין על דרך של אספקת תכנים חילופיים על גבי תשתית אחת. כיום אומנם קיימים קשיים טכנולוגיים בהעברת כל הערוצים על גבי רשת הכבלים הקיימת בשל טכנולוגיית השידור

האנלוגי המיושנת שבה עדיין משדרות חברות הכבלים, אשר גוזלת רוחב פס גדול בהרבה מזה הנדרש לצורך שידור דיגיטלי. אולם, מגבלה זו, טוענת העוררת, תלך ותפחת עם המעבר של חברות הטל"כ לאספקת שידורים דיגיטליים. לפיכך, בינתיים, כדי להתגבר על הבעיות הטכנולוגיות הקיימות, ניתן לשפר את התשתית הקיימת, לזרז את קצב המעבר לשידור דיגיטלי או לצמצם את חבילת הערוצים האנלוגית.

בדרך זו, טוענת העוררת, יתאפשר שידור דיגיטלי מגביל על גבי תשתית הכבלים הקיימת בידי כל חברות הכבלים, באופן שתיווצר תחרות בין מספר חברות תוכן על גבי אותה תשתית, והכל תוך הפרדה מלאה בין חברת התשתית לבין חברות התוכן.

12. אכן, במיזוג שאינו מיזוג אופקי עשוי להתעורר חשש לפגיעה בתחרות הפוטנציאלית (ראה: פסק הדין בעניין **פוד קלאב** הנזכר לעיל; ABA, כרך ראשון, בעמ' 312, 342; וכן הנחיות המיזוגים שאינם מיזוגים אופקיים (non-horizontal merger guidelines) האמריקאיות משנת 1997, סעיף 4.11 והערה 25).

13. המשפט האמריקאי מבחין בנושא זה בין שתי דוקטרינות: הפגיעה בתחרות הפוטנציאלית בכוח (perceived potential competition) והפגיעה בתחרות הפוטנציאלית בפועל (actual potential competition).

הפגיעה בתחרות הפוטנציאלית בכוח היא פגיעה המתרחשת בהווה, אשר נובעת מהסרת איום כניסה לשוק ריכוזי עקב קיומו של מתחרה פוטנציאלי המרסן את כוח השוק של הפירמות הפועלות בשוק. בהעדר מתחרים פוטנציאליים דומים, כניסה לשוק של מתחרה פוטנציאלי כזה באמצעות מיזוג, עשויה להסיר את איום הכניסה לשוק של אותו מתחרה, ובכך להפחית מהלחץ התחרותי המופעל עקב איום זה על המתחרים הפועלים בשוק (ראה פסק הדין בעניין **פוד קלאב**, סעיף 47 לפסק הדין והאסמכתאות שצוטטו שם). ביסוס טענה בדבר פגיעה בתחרות הפוטנציאלית בכוח מחייב הוכחה, שהפירמה המתמזגת אכן נתפסת בעיני המתחרים בשוק כמתחרה פוטנציאלית וקיומה אכן מרסן את ההתנהגות העסקית של השחקנים הקיימים בשוק (ראה האסמכתאות המובאות בנושא זה בפסק הדין בעניין **פוד קלאב**).

במקרה שלפנינו אין טענה בדבר פגיעה בתחרות הפוטנציאלית בכוח. אין גם ראייה על כך שחברות הכבלים נתפסות, כל אחת בעיני החברות האחרות, כמתחרות פוטנציאליות וכי תפיסה זו מרסנת את ההתנהגות העסקית של כל אחת מחברות הכבלים באזור זיכיונה.

14. הדוקטרינה השנייה עניינה בפגיעה בתחרות הפוטנציאלית בפועל, היינו בתחרות העשויה להתפתח בשוק עקב כניסתה לשוק בעתיד של אחת הפירמות המתמזגות, שאינה מתחרה בשוק כיום. במקרה שלפנינו מדובר, על-פי דוקטרינה זו, באפשרות לפיה חברות הטל"כ תחלנה לפעול בעתיד בשווקים גיאוגרפיים שבהם הן אינן פועלות כיום, היינו, באזורי הזיכיון המוקצים כיום לחברות הטל"כ האחרות.

כדי לפסול את המיזוג על יסוד הדוקטרינה של הפגיעה בתחרות הפוטנציאלית בפועל, מציב הדין האמריקאי שתי דרישות. על-פי הדרישה הראשונה, יש להוכיח שלמתחרה שנכנס לשוק בדרך של מיזוג יכולת, עניין ומניע, כמו גם אפשרות מעשית, לכניסה לשוק שלא בדרך של מיזוג.

התייחסו לכך המלומדים Areeda ו-Turner בספרם **Antitrust Law** :

"The outside merging firm would probably have entered the market within a reasonable period of time. Otherwise, its merger would not affect the likelihood of future entry".
(Vol 5, p. 70).

ומחברי ה-ABA קובעים בספרם :

"First, there must be proof that the company entering the market had feasible means of entry other than through the merger. Second, there must be proof that such alternative means offer a substantial likelihood of producing deconcentration of the target or other significant procompetitive effects".
(Vol I P. 346).

לצורך כך, מציינים המלומדים Areeda ו-Turner בספרם, יש להוכיח שלפירמה - המתחרה הפוטנציאלית - יש יכולת כלכלית להיכנס בעתיד לשוק שלא בדרך של מיזוג וכי כניסה כזו הנה אטרקטיבית עבורה מבחינה כלכלית (שם, בעמ' 70). כדי להוכיח זאת, יש להציג הוכחות אובייקטיביות המצביעות על אפשרות סבירה לכך שהפירמה המתמזגת (שכיום אינה מתחרה

בשוק) תכנס בעתיד לשוק (שלא בדרך של מיזוג). האינדיקטורים אשר עשויים להצביע על אפשרות כזו, הם: קיומה של אטרקטיביות כלכלית בכניסה לשוק ויכולת מעשית לעשות כן:

"The objective factors bearing on the probability of future entry can be summarized as (i) the attractiveness of entry to the defendant and (ii) his ability to enter".
(p. 108).

15. במקרה שלפנינו לא עלה בידי העוררת להצביע, במידת ההסתברות הנדרשת, על סיכויי התפתחותה בעתיד, אלמלא המיזוג, של תחרות בין חברות הטל"כ, באופן שבכל אזור תפעלנה כמתחרות, פרט לחברה בעלת הזיכיון הנוכחי, גם חברות הטל"כ האחרות.

ראשית, אין חולק על כך שכל עוד מתקיים השידור האנלוגי, הקיבולת של הרשת הקיימת אינה מאפשרת להעביר על הרשת, בו זמנית, את כל הערוצים המשודרים על-ידי שלושת חברות הכבלים, ודאי לא בתוספת ערוצי הלווין, ומדובר בכ- 500-600 ערוצים. אמנם, מקובלת עלינו טענת הלווין שלטווח ארוך השידור הדיגיטלי יתפוס בהדרגה את מקומו של השידור האנלוגי. אולם, מהנתונים שהוצגו בפנינו עולה, שהמעבר מהשידור הדיגיטלי לשידור האנלוגי הוא תהליך ממושך שעשוי להימשך עוד זמן רב. מסתבר גם שחלק לא מבוטל של הצרכנים מעדיפים דווקא את השידור האנלוגי, מה שמתבטא בהאטה חריפה במעבר לשידור הדיגיטלי ובתופעה של חזרת מנויים משידור דיגיטלי לאנלוגי, בסדרי גודל של אלפי מנויים לחודש. הפסקת השידור האנלוגי על-פי הוראה רגולטורית כרוכה בפגיעה באותם צרכנים. עד כה לא החליטה המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין (להלן - המועצה) על קצב המעבר משידור אנלוגי לדיגיטלי והיא גם לא קבעה את המועד להפסקת השידור האנלוגי.

העוררת אמנם מציעה הצעות שונות להקטנת נפח הקיבולת הנדרש לתחרות בו זמנית של כל חברות השידורים על גבי התשתית הקיימת. כזאת היא ההצעה, שחברות השידורים לא ישדרו על התשתית את מלוא הערוצים המשודרים על ידן כיום, אלא רק את חלקם, תוך ניפוי הערוצים שמשודרים כיום בו זמנית ובמתכונת זהה על-ידי כל חברות השידורים (עדותו של פרופ' פרשטמן, פרוטוקול מיום 26.1.03, עמ' 53-51). אולם לא ברור עד כמה הצעות אלה ניתנות לביצוע מבחינה טכנולוגית. על-פי עדותה של גבי בארי, הכלכלנית מטעם הממונה, למשל, מספר הערוצים המשותפים הנו קטן ביותר (רק ערוצים 1, 2, 10), בעוד שלגבי שאר הערוצים קיים שוני בין החברות המסדרות, ולו בשל העדר יכולת טכנולוגית לקלוט שידורים של גורמים שונים באמצעות אותו מפענח (פרוטוקול מיום 26.1.03, עמ' 71-70).

שנית, המעבר של חברות הכבלים משידור אנלוגי לשידור דיגיטלי הנו יקר ביותר בשל ההשקעה הנדרשת בממירים דיגיטליים. מדובר בהוצאה של כ-2.5 מיליארד שקל (ראה עדותו של פרופ' פרשטמן בעמ' 57-58) וקשה לראות כיצד השקעה זו תתבצע בעתיד הקרוב.

שלישית, על-פי הרישיונות הקיימים של חברות הטל"כ, כל חברה מורשית לשדר רק באזור ואין רשות למספר חברות לשדר באותו אזור.

רביעית, כלל לא ברור שקיימת אטרקטיביות עסקית, מבחינתן של חברות הטל"כ, להתחרות זו בזו באזורים שאינם מוקצים להן כיום על-פי רשיון. התחרות כזו תחייב השקעות עתק בבניית תשתיות חדשות, והיא תחשוף כל חברה המבקשת להתחרות בשוק בו פועלת כיום חברת טל"כ אחרת, לכניסה מגבילה של חברות הטל"כ האחרות לאזור פעילותה. מעדותה של כלכלנית הרשות להגבלים עסקיים, גב' בארי, המתבססת גם על הניסיון שנרכש בתחום זה במדינות אחרות, עולה שההסתברות לקיומה של תחרות פוטנציאלית כזו נמוכה מאד (פרוטוקול 26.1.03, עמ' 112, 115).

חמישית, אין הוראת דין המחייבת את חברות הטל"כ לאפשר לחברות כבלים אחרות לשדר על גבי התשתיות שלהן. העוררת אמנם מציעה שהממונה יאכוף על חברות הכבלים מתן גישה חופשית, כל אחת על גבי התשתית שלה, לחברות הכבלים האחרות. אלא שבעניין זה מקובלת עלינו טענת הממונה שהטלת תנאים כאמור יכול שתיעשה רק במסגרת אישור המיזוג. בהעדר מיזוג, לא ברור מה הבסיס החוקי על יסודו ניתן לחייב כל חברת טל"כ לאפשר לחברות הכבלים האחרות לעשות שימוש בתשתיות שלהן.

שישית, מדיניותם הנוכחית של משרד התקשורת והמועצה, שהם הרגולטורים הענפיים בתחום זה, היא שאין לעודד תחרות בין חברות הכבלים לבין עצמן.

16. לאור האמור, לא הוכח שהמיזוג עשוי לפגוע בתחרות הפוטנציאלית בין חברות הטלוויזיה בכבלים.

השלכות המיזוג על רכישת תכני שידור

17. הפגיעה העיקרית בתחרות עליה מצביעה העוררת היא בתחום רכישת תכני שידור. פגיעה זו, טוענת העוררת, מוסברת על רקע היתרונות לגודל המאפיינים שוק זה. זאת, בשל כך שמערכת שידורים רב ערוצית כרוכה בקיום עלות קבועה גדולה, בעיקר בגין התשתית ומרכז השידורים. על

רקע זה נטען, שהמיזוג יאפשר העצמה משמעותית של הכוח המונופוליסטי והמונופסונויסטי של חברות הכבלים באופן המסכן את עצם קיומה של התחרות בשוק זה.

באופן קונקרטי, טוענת העוררת, שהמיזוג יביא, בשל כוח השוק שיוקנה בעקבותיו לחברת הכבלים הממוזגת, להפחתת משמעותית בהוצאותיה של חברה זו עבור רכישת תכני שידור, אשר יהיו נמוכות בהרבה (בחישוב של עלות למנוי) מאלה של חברת הלווין. עקב כך יתאפשר לחברת הכבלים הממוזגת להציע ללקוחותיה תנאים טובים יותר ברכישת השירות, בהם יקשה על חברת הלווין וכן על מתחרים פוטנציאליים נוספים להתחרות. אולם התנאים העדיפים בהם יתאפשר לחברות הכבלים לרכוש תכני שידור, טוענת העוררת, לא יטיבו באמת עם הצרכן, שכן החיסכון הנובע מהיתרון לגודל של החברה הממוזגת יגולגל אל הצרכנים רק בטווח הקצר שבו תוסיף להתקיים תחרות ממשית בשוק. בטווח הארוך, נטען, תשמשנה אותן הטבות והנחות שתינתנה לצרכנים לחיסול המתחרה (היא חברת הלווין) ולמיגור התחרות. משכך ייעשה, לפי תסריט פסימי זה של העוררת, יופנו כל המשאבים שמקורם בכוח השוק העודף של חברת הכבלים הממוזגת לשם הפקת רווחים מונופוליסטיים, כפי שהתרגלו חברות הכבלים לגרוף טרם עידן התחרות, והצרכן יצא נפסד.

על רקע זה, טוענת העוררת, שגם אם בית הדין ידחה את הערר על עצם המיזוג, עליו לשנות את תנאי המיזוג כפי שנקבעו על-ידי הממונה, באופן שהאיסור על רכישת תכני שידור בבלעדיות יוחל על רכישת כל התכנים, הן תכנים זרים והן הפקות מקור, הנרכשים על-ידי חברות הכבלים.

תנאי זה נדרש, לטענת העוררת, כדי להסיר את חסם הכניסה העומד בפני העוררת עקב נחיתותה ברכישת תכני שידור, בייחוד תכנים מהפקות מקומיות, וכדי למתן את כוחן המונופסוני של חברות הכבלים.

מתן היתר לרכישה בבלעדיות של הפקות מקור אומנם נועד מלכתחילה להיטיב עם היוצרים המקומיים. אלא שלטענת העוררת, מטרה זו לא הושגה ואין כל אינדיקציה לכך שרכישה בבלעדיות אכן הביאה לשיפור מצבה של היצירה המקומית. כל שהועיל היתר זה, טוענת העוררת, היה לאפשר ניתוב כספים רבים יותר אל "כוכבי הרייטינג" על חשבונם של אחרים.

בנוסף על איסור בלעדיות, טוענת העוררת, יש לחייב את חברות הכבלים למכור לה את כל תכני השידור הנרכשים על ידן, הן תכנים זרים, כפי שנעשה בפסק הדין בתיק ה"ע 3276/99, והן תכנים מהפקה מקומית.

רכישת יתרונות לגודל עקב המיזוג - כללי

18. שאלה מקדמית אשר עולה בהקשר זה, היא האם רכישת יתרונות לגודל עקב מיזוג, אשר מוזילות את הוצאות היצור של הגוף הממוזג ומקנות לו, בשל כך, יתרון על פני מתחרים אחרים בשוק, הנה שיקול לגיטימי נגד אישור המיזוג.

19. נציין, שיש להבחין בין שאלה זו לבין הסוגיה הנוגעת ל"הגנת היעילות". הסוגיה האחרונה עניינה בשאלה, האם נושא היעילות יכול שישמש טענת הגנה במקום שבו המיזוג פוגע בתחרות, למשל, על-ידי הגברת הריכוזיות בשוק, והאם התייעלות עשויה להכשיר מיזוג חרף הפגיעה בתחרות הכרוכה בו. בפסק הדין בעניין **פוד-קלאב** נקבע, ש"גם בלא לאמץ את עילת היעילות כטענת הגנה נגד פגיעה בתחרות עקב המיזוג, ודאי שאין לפסול מיזוג רק בשל הגברת היעילות הכרוכה בו" (וראה האסמכתאות המצוטטות שם).

20. מכאן, שהשיקול כי המיזוג יקנה לגוף הממוזג יתרון תחרותי בדרך של הפחתת הוצאותיו, אינה מקימה טעם לגיטימי להתנגד למיזוג, ככל שהפחתת ההוצאות הנה פועל יוצא של התייעלות או חסכון במקורות המושגת כתוצאה מהמיזוג.

21. אולם, המיזוג יכול להביא לחיסכון בהוצאות גם על-ידי הפקת רווחים כספיים שאינם נובעים מהתייעלות או חיסכון במקורות, היינו חסכון שאינו מאפשר לגוף הממוזג לייצר את אותם מוצרים תוך חסכון במשאבים. למשל, על-ידי רכישת יתרונות מס (ראה: H. Hovenkamp, **Federal Antitrust** 504-505 (Policy (By West Group. 2nd. Ed, 1999)).

22. רווח כספי מסוג זה, שאינו נובע מהתייעלות או חסכון במקורות, הנו חסכון "אטרקטיבי" פחות מבחינת דיני ההגבלים העסקיים, ונראה שאין בו כדי להקים "הגנת יעילות" במקום שהמיזוג פוגע בתחרות בהיבטים אחרים (ראה Hovenkamp לעיל, 504-505 ; ד"ר מיכל גל **Competition Policy For Small Market Economies**, 217-218).

המלומדים Areeda ו-Turner, סבורים, עם זאת, שגם חסכון המתבטא ברווח כספי שאינו נובעת מהתייעלות או חיסכון במקורות, אינו מצדיק, ככלל, לפסול מיזוג שבהיבטים אחרים אינו פוגע בתחרות :

"*Second*, that a conglomerate merger may achieve cost savings means that the merged firm may obtain a competitive advantage over its rivals. Some courts have considered this to be an affirmative ground for condemning a conglomerate merger, at least where the merger might further "entrench" a firm already having a large share of its market. While we definitely reject this notion, it requires discussion, especially with regard to those cost savings that reflect only private pecuniary gains rather than reduced resource use".

(**Antitrust Law**, Vol V, p. 3)

וכן :

"Cost savings may involve true resource savings or simply private pecuniary gains. We conclude (1) that resource savings in promotion are not proper grounds for condemning a merger, as they are not reasonably distinguishable from other resource savings, and (2) that pecuniary gains, while less appealing, are also not suitable for inquiry and attack".

(Vol V, p. 10)

23. לפיכך, גם אם נניח, שהיתרון התחרותי אשר קם לחברות הטל"כ על פני הלוויין עקב הפחתת ההוצאה הממוצעת למנוי בגין רכישת תכני שידור אינו משקף התייעלות או חסכון אמיתיים במקורות, ספק בעינינו אם טעם זה לבדו, די בו כדי לפסול את המיזוג.

24. לצד מסקנה זו, המעמידה בספק את עצם הלגיטימיות שבניסיון לחסום מיזוג על רקע הפחתת הוצאות הייצור של הגוף הממוזג, עולה השאלה, האם בנסיבות המקרה שלפנינו, אכן הוכח שהמיזוג יקנה לחברות הטל"כ יתרונות משמעותיים לגודל בתחום רכישת תכני השידור, אשר יאפשרו להן לפגוע בתחרות.

לעניין זה יש להבחין בין רכישת תכני שידור זרים ורכישת תכני שידור מהפקות מקומיות.

תכני שידור זרים

25. אשר לתכני שידור זרים, עולה מהראיות שהוצגו לפנינו, שחברת הלווין יכולה לרכוש תכני שידור זרים, על בסיס תשלום פר מנוי, בתנאים שווים לאלה הנרכשים על-ידי חברות הכבלים. על כן, המיזוג אינו מקנה לה בנושא זה כל יתרון על פני חברת הלווין.

26. השתלשלות הדברים כפי שהתרחשה בפועל לאחר כניסתה של העוררת לשוק, מחזקת אף היא את הסברה שאין כל חשש לפגיעה בעוררת עקב המיזוג בתחום רכישת תכני שידור זרים. עובדה היא שחברות הלווין התקשרה עם שלוש מתוך חברות המייג'ורס הגדולות Walt Disney, Paramount, ו-MGM, והיא אינה נתקלת כיום בקושי כלשהו ברכישת תכנים זרים. לא זו אף זו, מסתבר שהעוררת ויתרה על הזכות לרכוש מחברות הכבלים את ערוץ 4, שלגביו הוטלה, על-פי החלטת המועצה והסדר איי.סי.פי, חובת מכירה, ויתור אשר מצביע אף הוא על יכולתה להשיג תכני שידור חלופיים לערוצי הסרטים המשודרים על-ידי המשיבות. אכן, כיום, משדרת העוררת ארבעה ערוצי סרטים הידועים בשם 1,2,3,4 Yes וזאת בנוסף לערוץ MGM.

27. בהקשר זה יש להביא בחשבון גם את תנאי המיזוג, לפיהם הוטלו על חברות הכבלים תנאים מגבילים ביותר ברכישת תכני שידור זרים. זאת, בהתחשב באיסור על החזקת יותר משני ערוצים (ערוצים 3 ו-4), איסור על רכישת תכנים שלא נועדו לערוצים אלה או לצפייה ספציפית, ואיסור על בעלות בתכנים המשודרים על-ידי מפיקי ערוצים (למעט תכני המייג'ורס שנרכשו בעבר במסגרת האישור שניתן בפסק הדין בעניין הסדר איי.סי.פי (סעיף ד' 2.8 להחלטת הממונה). בנוסף על אלה, נאסרה רכישה בבלעדיות (אלא בהיתר מאת בית הדין או קבלת פטור מהממונה) גם של אותם תכנים שהותר למשיבות לרכוש עבור ערוצים 3 ו-4, וכן הוטלה חובת מכירה על תכנים שיירכשו מחברות המייג'ורס משך שנתיים ממועד אישור המיזוג.

28. על רקע זה הסכים גם מר לירן, מנכ"ל העוררת, שבתחום רכישת תכני שידור זרים אין לחברות הטל"כ, גם בעקבות המיזוג, יתרון לגודל על פני חברת הלווין (פרוטוקול מיום 13.1.03 עמ' 63). גם בחוות הדעת שהוכנה על-ידי פרופ' פרשטמן וד"ר בלס על-פי הזמנת חברת הלווין, נאמר כי "בסיכום, אין בפנינו נתונים שיכולים להצביע על יתרונות לגודל ברכש התוכן ובמידה והיתרונות קיימים נראה שהחסכוניות הם מעטים יחסית" (עמ' 24). גם ב"כ העוררת הסכים בסיכומיו שהטענה בדבר יתרון לגודל ברכישת תכני שידור אשר קמה לחברות הכבלים עקב המיזוג מתייחסת רק להפקות מקור (פ. 25.3.03, עמ' 12-13). מכאן, שבתחום רכישת תכני שידור זרים המיזוג אינו מקנה לחברות הכבלים, גם לשיטתה של העוררת, כל יתרון על פני הלווין.

תכני שידור מהפקות מקומיות

29. לגבי רכישת תכנים מהפקה מקומית, טוענת העוררת, כי מאז מתן פסק הדין בפרשת איי.סי.פי (השלישי), ממקדות חברות הכבלים את כל כוח השוק העודף שלהן ברכישת הפקות מקור, באופן שהפקות המקור הפכו לחסם מעבר משמעותי בפני לקוחות השוקלים להימנות על מנויי חברת הלווין. כוח מונופסוני זה, נטען, ילך ויעצים לאחר המיזוג.

בשל כוחן המונופסוני של חברות הכבלים, טוענת העוררת, יחסי עלות/תועלת בהשקעה בהפקות מקור שונים לחלוטין בין לבין חברות הלווין, באופן שמונע מחברת הלווין להתמודד באופן כלכלי עם הבעיה שיוצרות בפניה הפקות המקור המשודרות באופן בלעדי בכבלים. כל שקל המושקע על-ידי חברות הכבלים בהפקות מקור, הינו יעיל יותר, לפי הטענה, משקל המושקע על-ידי חברת הלווין, שכן בהתקיים שוויון בכל פרמטר אחר, עדיפה מבחינת היוצר או המפיק מוכר התוכן חשיפה בפני כ 1.2 מיליון בתי אב, על-פי חשיפה בפני כ - 320,000 בתי אב.

מניסיונה של העוררת עולה, לפי הטענה, שהפקות המקור המרכזיות המשודרות בערוץ 3, תוכניתו של אלי יצפאן, "ערב טוב" עם גיא פינס, הטלנובלה "לחיי האהבה" וסידרת הדרמה "שבתות וחגים", הינן גורם משמעותי במערכת השיקולים הנוגעת לבחירת ספק שידורי טלוויזיה רב ערוצית. זאת, הן בקרב לקוחותיה של חברת הלווין, אשר בחרו להתנתק ולחזור לכבלים, או שוקלים התנתקות כאמור, והן בקרב לקוחות חברות כבלים, אשר בשל היעדרן של הפקות המקור האמורות ממסכיה של חברת הלווין, אינם מעוניינים להפוך למנויה.

על מנת להסיר חסם כניסה זה ולמתן את כוחן המונופסוני של חברות הכבלים, טוענת העוררת, יש לאסור על רכישת תכנים בבלעדיות גם כאשר מדובר בהפקות מקור, ויש להחיל גם על הפקות אלה חובת מכירה ללווין.

30. בנושא הפקות המקור מקובל עלינו שהמיזוג מקנה לחברות הכבלים יתרון לגודל ברכישת תכני שידור. שהרי חברות הכבלים, בשל מאגר המנויים הגדול שלהם (למעלה ממיליון בתי אב), יכולות לרכוש תכני שידור בעלות נמוכה (למנוי) מחברת הלווין שמספר מנוייה קטן בהרבה. לאור הראיות שהוצגו לפנינו, מקובלת עלינו גם הטענה, שבשנים האחרונות עלתה בעיני הצופים האטרקטיביות של הפקות המקור.

31. אולם, העוררת לא הצליחה להוכיח, שיתרון הגודל של חברות הטל"כ בתחום רכש הפקות מקור הנו כה משמעותי, עד שיש בו להקנות לחברות הכבלים כוח שוק אשר יאפשר להן לפגוע בתחרות.

32. כפי שכבר צוין, המומחים מטעם חברת הלווין, פרופ' פרשטמן וד"ר בלס, הטילו ספק בחוות דעתם בעצם תקיפותה של התיזה בדבר קיומם של יתרונות לגודל ברכישת תוכן (עמ' 39, 41, 60). לדעתם, גם אם יתרונות כאלה קיימים, נראה שהחסכוניות הם מעטים יחסית. אין בחוות הדעת התייחסות שונה ומיוחדת בהקשר זה לרכישת תכני שידור מקומיים. אמנם, חוות דעת זו ניתנה ביום 12.7.2001 והעוררת טוענת כי מאז השתנה הביקוש להפקות מקור וגדלה האטרקטיביות של תכני שידור אלה. אלא שהעוררת לא הציגה לפנינו חוות דעת עדכנית יותר, המבססת את הטענה שהמיזוג יקנה למבקשות, עקב יתרון הגודל שיוקנה להן מכוח המיזוג בתחום הפקות המקור, כוח שוק שיאפשר להן לפגוע בעוררת ובתחרות.

מנגד, כלכלנית הרשות להגבלים עסקיים, גב' בארי, טענה בעדותה שיתרונות הגודל של חברות הכבלים אינם מקנים להן יתרון משמעותי בתחום הפקות המקור:

"אז אני אגיד לך, מה שאני חושבת שאין להן יתרון משמעותי וזה לא מהווה חסם מעבר משמעותי וצריך להבין, גם לאיזה שהיא הפקת מקור מאד מאד נישתית בטח ישנם שניים או שלושה לקוחות שלא יהיו מוכנים לעבור מפה לשם בגלל אותה הפקה או בגלל אותו ערוץ. כאן אנחנו מדברים על הפקות מקור כחסם מעבר משמעותי. ... אפילו לגבי אלי יצפאן עצמו אני לא חושבת ממה שהלווין הראו לנו, שהוא מהווה חסם מעבר משמעותי".
(עמ' 151-150).

33. טענת העוררת, שיתרונות לגודל אלה יאפשרו לחברות הטל"כ לחסל את המתחרה - חברת הלווין – לא הוכחה גם היא.

להפך. על-פי הראיות שהוצגו לפנינו מסתבר, שהעוררת השיגה את ה"מסה הקריטית" של מספר המנויים אשר מאפשר לה, מכאן ואילך, פעילות כלכלית מאוזנת, תוך מיצוי יתרונות לגודל וקיום תחרות בחברות הטל"כ.

כך עולה גם מחוות הדעת מטעם מומחי העוררת, פרופ' פרשטמן וד"ר בלס מחודש יולי 2001, לפיה העוררת תוכל להשיג תשואה למשקיעים בשיעור של כ-12% אם תגיע בסוף שנת 2003

לכמות מנויים הנעה, בהתאם לתרחישים שונים, בין 372-460 אלף מנויים. במצב כזה, סבורים מחברי חוות הדעת, "אם ישררו תנאי תחרות, קיים סיכוי סביר שהעוררת תהיה מתחרה יציבה וחשובה בשוק הטלוויזיה הרב ערוצית, עם נתח שוק של כרבע מסך המנויים" (עמ' 66-67 לחוות הדעת).

מהנתונים שהומצאו לנו במהלך הדיון (ביום 26.1.03), עולה שמספר המנויים של חברת הלווין עמד כבר אז על 370 אלף, ואנו מניחים שכיום הוא הגיע לפחות ל- 400 אלף מנויים.

מעדותה של גב' בארי עולה, שגם מומחי חברת מקנזי, שהכינו לבקשת העוררת חו"ד בדבר השלכות המיזוג על העוררת ועל התחרות בשוק, היו סבורים שהעוררת תשיג את ה"מסה הקריטית" של מספר המנויים הנדרשת לפעילותה, כאשר תגיע להיקף של כ-400 אלף מנויים (פרוטוקול 26.1.03, עמ' 80), והיא ממצה כבר היום יתרונות לגודל, הן ברכש תכנים והן בתשתיות (עמ' 81). מסיבה זו, מומחי חברת הייעוץ היו סבורים, שהאסטרטגיה הנכונה בה על בעלי חברת הלווין לנקוט, היא להמשיך ולהשקיע כספים בחברה, שכן מכאן ואילך תזרים המזומנים שלה אמור להיות חיובי (שם, עמ' 81).

על-פי הערכת מומחי חברת מקנזי, כפי שנמסרה לגב' בארי, המיזוג יגביר את יעילות חברות הכבלים בשיעור שבין 10-15 אחוזים, יביא לתחרות קשה יותר בין חברות הכבלים לחברת הלווין וחלק מפירות היעילות יעברו לציבור (עמ' 84).

34. כל אלה מלמדים שהחשש בדבר חיסול המתחרה – חברת הלווין – עקב היתרונות לגודל שירכשו חברות הטל"כ עקב המיזוג, לא הוכח. מסתבר, שחברת הלווין הצליחה, תוך גידול מרשים וחסר תקדים במספר המנויים שלה, להשיג נתח שוק משמעותי ביותר המאפשר לה לפעול בשוק כשחקן יציב תוך קיום תחרות עם חברות הטל"כ.

35. חברת הלווין טוענת, כאמור לעיל, שחברות הכבלים ממקדות את כוח השוק שלהן ברכש תכנים של הפקות מקור כדי להקים חסם מעבר אל חברת הלווין. אולם דומה שטענה זו אינה מתיישבת עם העובדה שחברות הכבלים אינן משקיעות בהפקות מקור סכום העולה על הסכום אותו הן חייבות להשקיע מכוח החלטת המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין. אילו היה מדובר ביתרון משמעותי אשר עשוי להקים חסם מעבר, הדעת הייתה נותנת שחברות הכבלים ישקיעו בתחום זה מעבר לחובה שהוטלה עליהם על-ידי המועצה. זאת, במיוחד לאור העובדה, שבתחום זה, בניגוד לרכש תכנים זרים, לא נאסרה רכישה בבלעדיות ולא הוטלה חובת מכירה ללווין.

36. סיכומו של נושא זה, על אף היתרון לגודל אשר קם לחברות הטל"כ עקב המיזוג, לא שוכנענו שיתרון זה הביא או יביא לפגיעה משמעותית בעוררת ובתחרות. עם זאת ומטעמי זהירות, אין להוציא לחלוטין את האפשרות שפגיעה כזו עשויה להתרחש בעתיד. על כן ראוי שתנאי המיזוג יותירו בידי רשויות ההגבלים העסקיים אמצעים ראויים לטפל בפגיעה כזאת, אם תתרחש עקב המיזוג בעתיד. לעניין זה נתייחס בהמשך.

חובת מכירה

37. כדי להפיג את היתרונות לגודל של חברות הטל"כ בתחום רכישת תכני שידור ולמנוע את הפגיעה בתחרות הנשקפת עקב ניצול יתרונות אלה, מבקשת העוררת להתנות את המיזוג בשני תנאים: חובת מכירה של תכני שידור ואיסור על רכישתם של תכנים כאלה בבלעדיות.

38. לעניין הדרישה הראשונה, העוררת מבקשת לקבוע בתנאי המיזוג חובת מכירה (must sell), אשר תחייב את חברות הטל"כ למכור ללווין את כל תכני השידור הנרכשים על ידן, בכלל זה הפקות מקוריות.

39. בעת כניסתה של חברת הלווין לשוק, ניתן לה עידוד על-ידי הרשויות הרגולטוריות השונות, בכלל זה על-ידי בית הדין להגבלים עסקיים, בדרך של מתן העדפה בתחומים שונים על פני חברות הכבלים. במסגרת זו הוענק לחברת הלווין "חלון הטירינג", אשר לא הוענק בשעתו לחברות הכבלים. כמו כן, הוטלה על חברות הכבלים חובת מכירה (must sell) של ערוצי שידור מסוימים (3, 4, 5 ו-6) לחברת הלווין על בסיס תשלום לפי מספר המנויים. (ראה לעניין זה החלטת המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין (להלן המועצה) מיום 13.5.99, שאומצה מאוחר יותר על-ידי בית הדין, כתנאי לאישור הסדר איי.סי.פי השני). הגנה זו הוגבלה על-ידי המועצה לתקופה שבין 18-27 חודש, או עד שמספר מנויי חברת הלווין יגיע ל- 250,000 מנויים (לפי המוקדם), לגבי "חלון הטירינג", ולתקופה של שנתיים או עד שמספר המנויים יגיע ל- 250,000 (לפי המוקדם) לגבי חובת מכירת התוכן. בהחלטת המועצה בה אושר המיזוג שונה התנאי האחרון ונקבע, כי חברת הלווין תמשיך להינות מחובת מכירה של ערוצים 3 ו-4 עד ליום 31.12.2003 או עד שיגיע מספר מנויי העוררת ל- 500,000, לפי המוקדם (החלטת המועצה בבקשת המיזוג מיום 7.3.2002).

40. אולם, הגנת "ינוקא" זו, כפי שמכנה אותה הממונה, אינה יכולה להתקיים לאורך ימים. הסבנו את לב הצדדים לכך עוד בפסה"ד בתיק ה"ע 3276/99 הנזכר לעיל כאשר ציינו:

"החשש העיקרי הוא שההסדר ימנע את הבידול בתכנים בין שידורי הכבלים לשידורי הלווין, בידול שהוא הכרחי להתפתחות תחרות בשוק זה, יביא למצב שבו יפתח הלווין תלות ארוכת טווח בערוצי

הכבלים כערוצי השידור העיקריים מבחינת כוח המשיכה שלהם, יותר או לא יצליח ברכישת כוח משיכה עצמאי שיאפשר לו להתנתק מהכבלים ויהפוך את ה-די.בי.אס ל"לווין" תרתי משמע של שידורי הטלוויזיה בכבלים. מצב דברים כזה, אם יתרחש, עשוי להביא להחמצת המהלך כולו, וכדי להימנע מכך צריך להיות ברור למנהלי ה - די.בי.אס ובעליו שאסור להם לנוח על "זרי הדפנה" של ההצלחה במאבק הנוכחי ועליהם לפתח ערוצי שידור שיוכלו להתמודד עם ערוצי השידור המרכזיים של הכבלים ולאפשר להם בבוא העת להתנתק מערוצים אלה".

(סעיף 37 לפסק הדין).

41. כיום, משאין מדובר באישור הסדר כובל, שהוא הסדר לתקופת זמן מוגבלת, אלא במיזוג, משמעות בקשתה של העוררת, להתנות את המיזוג בחובת מכירה, היא הנצחת מצב שבו חברות הכבלים יעמידו לרשות הלווין את תכני השידור המרכזיים שלהן, הן תכני שידור זרים והן תכנים מהפקה מקומית.

מר לירן, מנכ"ל חברת הלווין, סבור שמצב זה, של העדר בידול בתוכן בין חברות הכבלים לבין חברת הלווין, הנו מצב רצוי. כך עולה מעדותו:

"ש. אני רק רוצה להבין, לדעתך המצב הרצוי בשוק, מנקודת מבט של השחקנים בשוק ושל הציבור בכללותו שכל מה שמשודר אצל האחד יוכל להיות משודר אצל השני?
ת. נכון מאוד.
ש. ואין בידול בתוכן?
ת. לא, יהיה בידול בתוכן.
ש. איך יהיה בידול בתוכן?
ת. יהיה בידול בתוכן, משום שחברה אחת תחליט, כמו שסקאי החליטה ש... הפורום לה יהיה ספורט והיא תהיה האטרקטיבית ביותר לאנשים שספורט היא הפוקוס העיקרי שלה, וחברה אחרת תתמקד בילדים משום שהשיווק שלה יאמר שזאת הנישה עם ההזדמנות..."

(פרוטוקול 13.1.03, עמ' 53)

42. דעה זו של מר לירן אינה מקובלת עלינו. לדעתנו, העדר בידול בתכנים בין הלווין לבין חברות הכבלים עשוי לפגוע פגיעה קשה בתחרות בין השניים. בהקשר זה יש ממש בטענת חברות הטל"כ, שהעמדת כל הפקה מקומית שתעשה על-ידי חברות הכבלים באופן אוטומאטי לרשות המתחרה היחיד שלהן, תפגע בתמריץ של חברות אלה לייצר הפקות איכותיות ואטרקטיביות שיקנו להן יתרון על פני המתחרה - הלווין. גם השיקול לפיו כל אחד מהמתחרים ימצא לו "נישה" שבה הוא ימקד את

ההתמחות שלו, אינו מקובל עלינו. שכן, מדובר בטלוויזיה רב ערוצית, אשר מטבע הדברים מתמחה בנישות שונות ומגוונות שאותן היא מעמידה לרשות קהל הצופים.

43. אשר לערוץ 4, כפי שכבר צוין לעיל, העוררת ויתרה על רכישת ערוץ זה מחברות הכבלים חרף חובת המכירה שהוטלה לגביו בפסק הדין בהסדר אי.סי.פי. על רקע זה, לא ברור לנו מה טעם מצאה העוררת לחזור ולבקש לחייב את המשיבות למכור לה את ערוץ 4 בשלמותו (סעיף 124 לערר).

44. אשר לערוצים 5, 6 ו-8, שגם עליהם מבקשת העוררת להחיל את חובת המכירה, ערוצים אלה כלל אינם מופקים על-ידי המשיבות אלא על-ידי מפיקי ערוצים עצמאיים, ולא ניתן לחייב מפיקים אלה למכור את הערוצים המופקים על ידם ללווין.

45. לאור שיקולים אלה, אנו דוחים את דרישת העוררת, להתנות את המיזוג בהטלת חובת מכירה, אשר תחייב את חברות הטל"כ למכור את תכני השידור שלהן, או חלקן, לעוררת.

בלעדיות

46. לחלופין, מבקשת העוררת לאסור, במסגרת תנאי המיזוג, על רכישת תכנים בבלעדיות. תנאי כזה אינו תנאי כה דרסטי כחובת המכירה. תנאי זה גם אינו מבטיח העמדת תכני השידור בהן ייעשה שימוש על-ידי חברות הטל"כ לרשות העוררת. עם זאת, בהעדר בלעדיות, סביר להניח שמפיקים של תכני שידור, אשר לא יוכלו למכור את זכויות השידור באופן בלעדי לחברות הטל"כ, יבקשו למכור תכנים אלה גם לחברת שידור אחרות, בכלל זה חברת הלווין, כדי להגדיל את הכנסותיהם.

47. בהעדר יתרון לגודל ברכישת תכני שידור זרים, המחלוקת נוגעת בעיקר לרכישת תכני שידור מהפקה מקומית.

הטלת איסור על רכישה בבלעדיות אכן יכולה להפחית מיתרונות הגודל של חברות הטל"כ בתחום זה. עם זאת, המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין החליטה שלא לאסור על רכישה בלעדית של תכני שידור מהפקה מקומית. זאת, על יסוד ההנחה שהדבר עשוי לפגוע ביצירה המקומית. גם בית הדין להגבלים עסקיים, בפסק הדין הקודם בתיק ה"ע 3276/99 אשר אישר את המשך ההסדר הכובל של ICP עם כניסתו לשוק של הלווין, אימץ את תנאי המועצה ולא

החיל את האיסור על בלעדיות, כמו גם את חובת המכירה, על תכני שידור מהפקות מקומיות. פסק דין זה בוסס אף הוא על ההנחה שהטלת חובה כזאת עלולה לפגוע ביוצרים המקומיים.

48. לטענת העוררת, בעת שהמועצה קיבלה החלטתה בעניין זה ביום 23.3.00, היא שוכנעה כי התרת רכישה בבלעדיות בתחום הפקות המקור תטיב עם היוצרים המקומיים יותר משתפגע בחברת הלווין ובתחרות. אלא שבמהלך השנתיים שחלפו מאז ניתן פסק הדין (בפרשת ICP השלישית), טוענת העוררת, חל שינוי בטעם הלקוחות, במובן זה שהפקות מקור הפכו להיות שיקול מרכזי במערכת השיקולים הנוגעת לבחירת ספק שידורי טלוויזיה רב ערוצית, שיקול שלא הובא בחשבון על-ידי המועצה בהחלטתה המקורית.

על רקע זה, מבקשת העוררת, לאסור על רכישת תכני שידור מקומיים בבלעדיות, כדי לאפשר למפיקי התוכן המקומי למכור את התכנים שהוזמנו אצלם על-ידי חברות הטל"כ גם לחברת הלווין.

49. בפסק הדין שניתן בתיק ה"ע 3276/99 לא הטלנו איסור על בלעדיות ברכישת הפקות מקומיות, זאת בניגוד לאיסור כזה שהוטל לגבי רכישת תכני שידור זרים. בכך אימצנו את עמדת המועצה, שהיא הרגולטור המומחה בתחום זה, וחזקה עליה ששקלה היטב את הפגיעה האפשרית בהפקות המקומיות עקב הטלת איסור על רכישה בבלעדיות. מסתבר שזו גם עמדתה הנוכחית של המועצה, שלא ראתה להתנות את אישור המיזוג בהטלת איסור על רכישת בלעדית של תכני שידור מהפקות מקור.

50. הטלת איסור על רכישה תכני שידור בבלעדיות עשויה לפגוע בתחרות, גם במובן זה שהדבר יפחית מהתמריץ של חברות התוכן ליצור תכני שידור איכותיים אשר יקנו להן יתרון על פני מתחריהם. שהרי יתרון כזה מותנה בכך שתכני שידור אלה לא יועמדו לרשות המתחרים, דבר שאינו אפשרי במשטר של איסור בלעדיות.

51. עם זאת, איננו שוללים את האפשרות, ששינוי בטעמי קהל הלקוחות, אם התרחש בעבר וימשיך ויתחזק בעתיד, עשוי להגדיל את יתרון הגודל של חברות הטל"כ בתחום זה, ולהעמיד בפני העוררת בעתיד קושי משמעותי יותר מזה שבו דובר בעבר. בהינתן פגיעה משמעותית בתחרות עקב יתרון הגודל של חברות הטל"כ בתחום רכישות המקור, יהא מקום לחזור ולשקול את האפשרות של הטלת איסור על בלעדיות גם בתחום רכש תכני שידור מהפקה מקומית. ראוי אפוא להותיר בידי רשויות ההגבלים העסקיים אמצעי זה, כדי למנוע בעתיד פגיעה בתחרות בשוק עקב המיזוג.

52. אלא ששיקול זה הובא אף הוא בחשבון במסגרת תנאי המיזוג, בהם נקבע (סעיף 4 לפרק ד'), כי התקשרות לרכישה בלעדית של תכנים חייבת באישור בית הדין או בקבלת פטור מאישור כזה על-ידי הממונה. מסתבר שההנחה שביסוד תנאי זה הייתה, כפי שאישר ב"כ הממונה במהלך הדיון, שרכישת תכנים בבלעדיות מהווה הסדר כובל שאינו חוסה תחת הפטור הקבוע בסעיף 3(2) לחוק, וחייבת בקבלת אישור בית הדין או קבלת פטור מהממונה.

על רקע זה, טען הממונה, כי "טענת הלווין כלל אינה צריכה להתברר במסגרת ערר על אישור המיזוג בתנאים. סעיף ד' 4.2 לתנאי האישור קובע כי חברת השידורים לא תרכוש הפקות מקור בלעדיות, אלא אם ניתן לכך אישור בית הדין או פטור מהממונה. לפיכך, חברת הלווין תוכל להעמיד לביקורת שיפוטית כל היתר שחברת השידורים תקבל בעתיד לרכש של הפקות מקור בבלעדיות. ביקורת זו תהיה פרטנית בהתאם לנסיבות באותה עת, לרבות מצב התחרות בשווקים והתוכן המסוים בו ידובר".

53. לצורך הדיון שלפנינו, נצא מההנחה, עליה לא חלקו הצדדים במהלך הדיון שלפנינו, ובלא שנחווה על כך את דעתנו, כי רכישת תכני שידור בבלעדיות מהווה הסדר כובל, שאינו חוסה תחת הפטור הקבוע בסעיף 3(2) לחוק. אנו סבורים שאפילו אין מדובר בהסדר כובל, הממונה היה רשאי, במסגרת אישור המיזוג, להטיל תנאי כזה, המאפשר לו לחזור ולשקול הטלת אישור רכישת בבלעדיות, אם יתברר שהחשש לפגיעה בתחרות עקב יתרונות הגודל של חברות הטל"כ יתממש ויביא לפגיעה בתחרות.

54. על רקע זה, מקובלת עלינו תשובת הממונה, שטענות העוררת בעניין זה תוכלנה להתברר בעתיד במסגרת ערר על כל פטור שיינתן על ידי הממונה לחברות הטל"כ מאישור בית הדין לרכישת הפקות מקור בבלעדיות.

55. עם זאת, לצד התנאי שרכישת הפקות מקור בבלעדיות תותנה במתן פטור מאת הממונה או באישור בית הדין, הוסיף הממונה וקבע, ש"חזקה כי תכנים שניתנה לגביהם בלעדיות לתקופה שאינה עולה על שנתיים ממועד הרכישה ראויים לפטור". לשון אחר, חזקה על רכישת כזאת, שהיא עומדת בתנאי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים. היינו, ש"הכבילות שבהסדר הכובל אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאומר, אך אין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור".

56. כאן עולה שאלת ההצדקה שבקביעת חזקה זו, לפיה תכנים שניתנה לגביהם בלעדיות לתקופה שאינה עולה על שנתיים ממועד הרכישה ראויים לפטור. אמנם, הואיל ואין מדובר בחזקה חלוטה, החזקה ניתנת לסתירה. אולם, גם אם מדובר בחזקה שאינה חלוטה, קביעת חזקה כזאת, מצמצמת במידה ניכרת את שיקול הדעת של הממונה, ואולי גם את שיקול הדעת של בית הדין (בערר על החלטת הממונה). לדעתנו, לא ראוי לקבוע בנושא ומראש חזקה, ולו חזקה לכאורה, ויש להותיר את שיקול הדעת של הממונה, בבואו לדון בבקשה למתן פטור מאישור ההסדר על-ידי בית הדין, חופשי מכבילות מסוג זה. מה גם שחברות הכבלים עומדות לבסס על תנייה זו (בין היתר) את עסקת המיזוג.

הפרדה בין תשתית לתוכן

57. בעניין זה טוענת העוררת, כשהיא נסמכת על חוות דעתו של פרופ' חיים פרשטמן, "כי המבנה האידיאלי [של שוק אספקת שידורי הטלוויזיה הרב ערוצית] הנו של הפרדה מוחלטת בין חברות התשתית ובין חברות השידורים. על-פי המבנה המוצע, חברות השידורים השונות יתחרו על פני התשתיות השונות, ללא כל קישור מיידי בין חברת שידורים מסוימת לבין תשתית מסוימת. חברות הכבלים יאחדו את התשתיות לחברת תשתית אחת והליך דומה יתקיים בחברת הלווין שתחולק גם היא, לחברת תשתית לווין ולחברת שידורים. בצורה זו, תוקם חברת תשתית לווין שתתחרה עם חברת תשתית כבלים".

מבנה כזה, של פיצול בין התשתית לבין השידורים, סבור פרופ' פרשטמן, יכול לתרום לניצול יעיל יותר של התשתיות. זאת, משום שהתשתיות של חברות הכבלים וזו של הלווין אינן זהות ולכל אחת מהן יתרונות אחרים. פיצול כזה גם יביא, לדעתו, למצב של אינטרסים אחידים בפירמות השונות, יאפשר את השימוש באסטרטגיות שונות, ברמה אחת של השוק וימנע את היכולת לחסום תחרות ברמה אחרת במבנה אנכי, תוך הסתת רווחים בין הפירמות השונות ברמות השונות של המבנה האנכי. כך, למשל, טוען פרופ' פרשטמן, במבנה הנוכחי קיים חשש (שלדעתו מתממש כבר כיום), שחברות הטל"כ מקשות על השימוש בתשתית הכבלים של מפיקים עצמאיים, וזאת משיקולים כלכליים הקשורים ברווחיות תחום השידורים. שיקולים כאלה לא יביאו לפגיעה בתחרות אם תקום הפרדה בין התשתית לבין התוכן באופן שלבעלי התשתית יהא אינטרס לעודד את השימוש בתשתיות ולא להקשות עליו משיקולים הקשורים בשוק התוכן. לטענת העוררת, עמדה זו גם תואמת את ההשקפה של גורמים רבים אשר נדרשו בעבר לעניין בעלותם של ספקי תשתית בתוכן (קשרי "אינטגרציה אנכית") והמליצו על הפרדה בבעלות בין התשתית לבין התוכן (דו"ח ועדת פלד, שהמלצותיו אומצו על-ידי הממשלה בהחלטה מס' 2444 מיום 10.8.97; חו"ד היועץ המשפטי לממשלה מיום 10.4.00; ופסק הדין בפרשת ICP (השניה) ה"ע 466/95).

לצורך כך, סבור פרופ' פרשטמן, אין להסתפק בהפרדה העקרונית בין חברת התשתית וחברת השידורים, ויש לקבוע דרישה אפקטיבית בדבר מבנה בעלויות שונה מהותית בין חברת

התשתית לחברת השידורים. מצב שבו, כעולה מתנאי המיזוג שנקבעו על-ידי הממונה, 20% מחברת התשתית יימכר בעוד 4 שנים לציבור כמשקיע פיננסי בלי שום יכולת בקרה ופיקוח, לא יביא, לדעתו, לשינויים הרצויים בשוק. במקום הוראה זו, סבור פרופ' פרשטמן, יש לחייב צירוף בעלים כמשקיע אסטרטגי בהיקף של 25-30 אחוזים לפחות.

58. איננו מקבלים טענה זו של העוררת.

ראשית, מקובלת עלינו טענת הממונה וחברות הטל"כ, שנושא ההפרדה בין תשתית לתוכן, אינו מקים פגיעת הגבל עסקי בעוררת ואינו מקנה לה מעמד לתקוף את תנאי המיזוג בנושא זה. על-פי סעיף 22(ב) לחוק, ניתנה זכות ערר על החלטת הממונה המאשרת מיזוג "לכל אדם העלול להיפגע מן המיזוג" וכן לאיגוד עסקי ואיגוד צרכנים. היעדר הפרדה בין תשתית לתוכן, גם אם הפרדה כזו רצויה מבחינת מודל הפעילות העסקי הכללי למשק כולו, אינה פוגעת בחברת הלווין.

היעדר הפרדה כזאת יכולה לפגוע, למשל, במפיקי תכנים שאין להם תשתית שידורים ואשר נזקקים לחברת התשתיות כדי להעביר באמצעותה את תכני השידור המופקים על ידם למנויים. אולם, היא אינה יכולה לפגוע בעוררת, שבעצמה מצויה באינטגרציה מבנית של תשתית, שידורים, ערוצים ותכנים עקב החזקתה, הן בתשתית הלווין והן בתכנים ובשידורים, והיא אינה נזקקת לצורך כך לתשתית הכבלים. העוררת לא הסבירה כיצד ההפרדה בתשתית עשויה להועיל לה ומדוע היעדר הפרדה כזאת עשויה לפגוע בה.

שנית, כדי לקנות מעמד בערר על אישור המיזוג, על העוררת להראות שהמיזוג עצמו פוגע בה. אפילו ניתן היה להניח שמתכונת שונה של מיזוג, המושתתת על הפרדה מלאה בין תשתית לתוכן היתה מועילה לעוררת יותר מהמיזוג במתכונתו הנוכחית, בכך בלבד אין כדי להקים פגיעה, כמשמעותה בחוק, מהמיזוג במתכונת בה אושר.

שלישית, הפיקוח על המיזוגים נועד למנוע יצירת כוח שוק עקב המיזוג, אך הוא לא נועד לשמש ככלי להכנסת רפורמות כוללות בשוק, בהיבטים שאינם קשורים למיזוג.

רביעית, רעיון ההפרדה המבנית לא אומץ גם על-ידי המחוקק, שאינו מחייב, בחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, הפרדה כזאת.

הצעתה של העוררת אינה תואמת גם את מדיניות הרגולטורים הענפיים הממונים על הסדרתו של ענף זה. כך, משרד התקשורת הסתייג בעבר מהמלצות ועדת פלד וקבע כי: "קיים ספק האם המדיניות של 'הפרדה בין הולכה ותוכן', שהומלצה על-ידי ועדת פלד, רלבנטית לעולם בו קיימים שירותי האינטרנט רחבי-הסרט; ואכן התגבשה מדיניות חלופית, הדומה למקובל בעולם המערבי בהסדרת נושאים אלה, המבוססת על Open Access לגישת ספקי תוכן עצמאיים למנויים ולהגבלת היקף הבעלות על ערוצים, ולא על הפרדה מוחלטת בין הולכה ותוכן" (מתוך סקירה על "ענף התקשורת בישראל" של משרד התקשורת מחודש יוני 2001 (עמ' 161)). מסתבר שזו גם המדיניות של המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין שאישרה אף היא את מיזוג חברות הטל"כ, תוך קביעת תנאים בדבר חובת מתן גישה אל שתית הכבלים (החלטה מיום 7.3.02).

חמישית, בפועל חלק מתנאי אישור המיזוג אכן עוסקים בנושא ההפרדה בין התשתית לבין השידור. כך, סעיפים א1 ו-א2 מורים על הפרדה בפעילות חברת התשתית וחברת התוכן. התנאים אף אוסרים בעלות של חברת השידורים וחברת התשתית בכל ערוץ שהוא, למעט ערוצים 3 ו-4, וכן אוסרים על החברות האמורות להיות בעלים של זכות כלשהי בתוכן המשודר בכל ערוץ, שאינו ערוץ 3 ו-4. תנאי המיזוג גם הוציאו את קביעת מחיר השימוש בתשתית של מפיץ עצמאי משליטתם של חברות הכבלים והעבירו קביעה זו, בהתקיים מחלוקת בין הצדדים, לבורר מקצועי (סעיף 2.6.ב לתנאי המיזוג).

אכן, תנאי הממונה אינם מבטיחים הפרדה מוחלטת בבעלות בין תוכן לבין תשתיות, והם מסתפקים בחיוב חברות הכבלים למכור 20% מתוך הון המניות שלהן. מקובל עלינו אמנם, שניתן היה לקבוע תנאים אשר יעצימו את ההפרדה בבעלות בין התוכן לבין התשתית. אולם לאור השיקולים לעיל, לא שוכנענו שיש לשנות את תנאי המיזוג בהיבט זה.

חובת מתן גישה

59. בעניין זה טוענת העוררת, שראוי ליתן גם לה זכות גישה לתשתית השידורים של חברות הכבלים.

60. פרק ב' לתנאי המיזוג קובע את העיקרון של מתן גישה מלאה לתשתית שידורי הכבלים (Open Access). אולם, סעיף 2 לפרק זה קובע, כי חובת מתן גישה כאמור לא תחול לגבי מי שמשדר שידורי טלוויזיה רב ערוצית כלל ארציים על גבי תשתית ארצית שבשליטתו, אלא אם אותו משדר הגיע לחדלות פירעון או הפסיק פעילותו. משמע, תנאי המיזוג אינם מתירים ללוויין לעשות שימוש בתשתית השידורים של חברות הטל"כ, אלא אם וכאשר יגיע למצב של חדלות פירעון או יפסיק את פעילותו.

61. אולם, העוררת טוענת שיש לאפשר גם לה להתחרות באופן שוויוני בספקי תוכן אחרים ואין סיבה טובה למנוע זאת ממנה רק משום שהיא שולטת בתשתית שידורים חלופית.

62. העוררת לא הציגה כל נימוק של ממש אשר תומך בטענה זו. ברשות העוררת תשתית שידורים משל עצמה. מה הטעם בנסיבות אלו לחייב את חברות הכבלים לספק לה גישה לתשתיות שלהן? הדוקטרינה של המשאב החיוני גם היא אינה תומכת, בנסיבות אלה, במתן זכות גישה לעוררת לתשתית השידורים של חברות הטל"כ. גישה הדדית כזו לתשתית השידורים, אם תתאפשר, אף תפגע בתחרות בין חברות הכבלים לחברת הלווין, לפחות בתחום אספקת תשתיות השידורים, תחרות שאותה מבקש לעודד גם פרופ' פרשטמן. מעבר לאלה, לא שמענו שהעוררת מוכנה לאפשר לחברות הכבלים גישה לתשתית השידורים שלה (ראה עדותו של פרופ' פרשטמן בעמ' 48).

התשתית שבבית המנוי

63. בפרק ו' סעיף 4 לתנאי המיזוג נקבע, שחברת התשתית וחברת השידורים לא ימנעו מאדם שבחצריו עובר תיול כבלים, להעמיד תיול זה לשימוש כל ספק טלוויזיה רב ערוצית שעמו בחר אותו אדם להתקשר, ולא ימנעו כל שימוש בתיול כאמור שיהיה משותף להן ולספק כאמור.

64. לטענת העוררת, בתנאי דלעיל אין די כדי לפתור את הבעייתיות הכרוכה באחיזתן של חברות הכבלים בתשתית המותקנת בחצריו של מנוי. לטענתה, חברות הכבלים עשו שימוש בתשתית זו כדי למנוע או להקשות על כניסתה של העוררת לשוק, במגמה שלא לאפשר לעוררת לעשות שימוש בתשתית זו לצורך הולכת שידוריה, גם כאשר המנוי ביקש לעבור מחברת טל"כ לחברת הלווין.

העוררת מביאה בערר, בפירוט רב, את כל פרטי המחלוקות שהתגלעו בעבר בנושא זה בינה לבין חברות הטל"כ. אמנם, בינתיים פרסם שר התקשורת הוראות מינהל אשר הסדירו את המעבר של מנוי מחברת שידורי טל"כ לחברת הלווין וההפך. אלא שלטענת העוררת, בהוראות אלה וגם בסעיף ו(4) לתנאי המיזוג אין די. זאת משום שסעיף זה עוסק רק בשימוש משותף של ספקי שידורי טלוויזיה רב ערוצית בתיול שבבית הלקוח, אך הוא אינו עוסק, בכל הנוגע למעבר מנויים, בהעברת השימוש הבלעדי בתיול זה בין ספק אחד למשנהו.

אשר להוראות המינהל שהוציא שר התקשורת, העוררת טוענת שיש לקצר את הזמן המינימלי שצריך לחלוף בין מתן הודעת ניתוק לבין ביצוע הניתוק בפועל, שכיום עומד, על-פי הוראות המינהל, על 36 שעות ולהעמידו על 24 שעות. כמו-כן, טוענת העוררת, יש לאסור על חברות

הטל"כ ליצור קשר עם מנוי מתנתק, למעט קשר הנדרש לצרכים טכניים בלבד. שינויים אלו נדרשים, לשיטתה של העוררת, כדי למנוע מחברות הטל"כ לשדל ולשכנע לקוחות שהודיעו על כוונתם להתנתק מרשת הכבלים ולעבור ללווין, שלא לעשות זאת.

65. לדעתנו, אין מקום להתערבותנו גם בתחום זה בהחלטת הממונה. זאת, ראשית, משום שהחזקת חברות הטל"כ בתיוול שבבית המנוי והכוח שמקנה להם החזקה זו, אם בכלל, להקשות על מעבר מנויים מחברות הכבלים לחברת הלווין, אין לה כל קשר למיזוג. כוח זה היה נתון, אם בכלל, בידי חברות הטל"כ גם בעבר והמיזוג לא שינה לעניין זה דבר. שנית, העוררת מתעלמת בעניין זה מהוראת תיקון 25 לחוק התקשורת, אשר מורה כי המנוי יוכל לרכוש את התיוול הפנימי שבחצריו וכי רכישה זו יכולה להיעשות גם על-ידי בעל רישיון. הוראה זו מונעת מחברות הטל"כ לעשות שימוש בתיוול זה כדי למנוע או לעכב מעבר מנויים לחברת הלווין. אשר למשך הזמן שבין מתן הודעת ניתוק לבין ביצוע הניתוק בפועל, נושא זה הוסדר על-ידי שר התקשורת בהוראת מנהל, ואיננו סבורים שבית הדין צריך להתערב בשיקול דעתו של שר התקשורת בנושא זה במסגרת אישור המיזוג.

66. התוצאה היא שאנו דוחים את הערר. זאת, בכפוף לסיפא לסעיף 4.2 בפרק ד' (חלק שני) להחלטת הממונה (הקובעת שחזקה כי תכנים שניתנה לגביהם בלעדיות לתקופה שאינה עולה על שנתיים ממועד הרכישה הראויים לפטור), שאותה אנו מבטלים.

אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ' בסיון תשס"ד (9 ביוני 2004), בהעדר.
המזכירות תמציא העתק פסק הדין לב"כ הצדדים.

מר א' אקשטיין
חבר

עו"ד ט' נמרודי
חברה

י' עדיאל, שופט
אב בית הדין