

בתי המשפט

ערר 10,11/99		בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים	
20/09/2004		לפני: כבוד השופט יהונתן עדיאל - אב בית הדין עו"ד ירון קידר - חבר ד"ר יוג'ין קנדל - חבר	

בעניין: 1. תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ
2. ערוצי זהב ושות'
ע"י ב"כ עו"ד צבי אגמון ו/או אורי שורק ואח'

3. מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד שמוליק קסוטו ואח'
העוררות

- נ ג ד -

הממונה על ההגבלים העסקיים
ע"י ב"כ עו"ד גל רוזנט
מרשות ההגבלים העסקיים
הממונה

פסק דין

1. ערר על החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן - "הממונה" או "המשיב") להכריז על העוררות, מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ, תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ וערוצי זהב ושות' (להלן - העוררות או חברות הטלוויזיה בכבלים (טל"כ)) כעל בעלות מונופולין בתחום אספקת שידורי טלוויזיה רב-ערוצית בתשלום, בכל אחד מאזורי הזיכיון לשידורי טל"כ בו הן פועלות (להלן - ההכרזה).

2. בהכרזה ציין הממונה, כי "המבחן בו בחר המחוקק להכרזתו של מונופול הוא מבחן מבני עובדתי... מבחן זה מקים חזקה כי אחיזתו של גוף במחצית מכלל אספקת הנכסים או השירותים משוק נתון, כפי שהוא בפועל, מבטאת שליטה ומעמד כאלה המצדיקים לבסס קביעה רגולטורית בדבר קיום המונופולין". לעניין הצורך

בהכרזה, ציין הממונה, בין היתר, כי "נוהג הוא ברשות ההגבלים העסקיים, להידרש להכרזות מונופולין מקום בו עומד להיות מושג גבולו של מונופולין מוחלט, ועתיד לבוא לשוק מתחרה חדש עת פתיחתו של ענף מסוים במשק לתחרות, נקודת זמן קרדינאלית מהותית היא... [שבה] מתגבר הצורך בהגנה על התחרות המתפתחת..."

על יסוד הסברים אלה והסברים נוספים, ציין הממונה, כי הגיע למסקנה שיש להכריז על העוררות כעל בעלות מונופולין באספקת שידורי טלוויזיה רב ערוצית בתשלום.

3. חברות הטל"כ עוררות על ההכרזה. נימוק הערר העיקרי עניינו בהגדרת השוק. לטענתן, הגדרת השוק שבה נקט הממונה הנה הגדרה צרה מדי, והיה עליו לכלול בהגדרת השוק את כל תחומי המידע, הבידור והפנאי. כך מציעות תבל וערוצי זהב לכלול בהגדרת השוק, את כלל שידורי הטלוויזיה, היינו את ערוצי האוויר, ערוצים לוויינים הנקלטים באמצעות צלחת לוויין, וערוצי הכבלים, ובנוסף את שירותי האינטרנט, צפייה בקלטות וידיאו, בתי קולנוע, הצגות תאטרון, אירועי ספורט וכן האזנה ברדיו לשידורי מוסיקה, חינוך ואקטואליה (סעיף 6 לערך). בדומה מציעה מת"ב, לכלול בהגדרת השוק תחומים דומים ובהם: צפייה בטלוויזיה, האזנה לתקליטים ולקלטות, קריאת עיתונים, קריאת ספרים, צפייה בסרטי קולנוע, האזנה לקונצרטים, צפייה בתחרויות ובאירועי ספורט חיים, מופעי בידור ועוד.

כחלופה להגדרה הנ"ל, מציעות העוררות הגדרת שוק צרה יותר, הכוללת את מכלול שידורי הטלוויזיה, בהם ערוצי האוויר האנלוגיים, ערוצים הנקלטים באמצעות צלחות לוויין, כולל תחנות טלוויזיה פיראטיות, חבילת הכבלים, שירותי השכרת קלטות וידיאו ואינטרנט.

4. הגדרת השוק בה נעשה שימוש בהקשר שלפנינו נועדה לאתר כוח שוק:

"Determination of a relevant product market and of a relevant geographic market both address the same question: is there a grouping of sales in which the defendant has market power?"

(H. Hovenkamp **Federal Antitrust Policy** (West Publishing Company, 2nd ed. 1999, 112).

לרקע מטרות זו, יש לכלול בהגדרת השוק את אותם מוצרים (תחליפיים), שיש בהם כדי לרסן את כוחו של בעל מונופולין להעלות מחיר. מוצרים כאלה, הנם אותם

מוצרים שהם תחליפים במידה קרובה מספיק למוצר הנחזה כמוצר שבמונופולין (הוא המוצר נשוא ההכרזה) כך שהעלאת מחירו של מוצר זה תביא למעבר קונים למוצרים התחליפים ועקב כך להפחתת הכמות הנמכרת ממנו באופן שיפגע ברווחיו של הספק (ראה: ה"ע 3/97 **מגל מערכות בטחון בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, תק-מח 2001(3), 39047). בעל מונופולין היפותטי, השולט באופן מלא על קבוצת המוצרים הכוללת את כל המוצרים שהינם תחליפיים זה לזה, מקיים בידו כוח שוק, שכן מוצרים הנופלים מחוץ לגדרו של שוק זה אינם מוצרים תחליפים למוצרים שבשליטתו, ואין בהם כדי לרסן את כוח השוק.

כפי שהגדיר זאת בית המשפט העליון בעניין **תנובה** (ע"א 2247/95 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף ושיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ**, פ"ד נב(5) 213, 232):

"למעשה השוק הרלבנטי הנו אותו שוק שבו שליטתה של פירמה יכולה לאפשר לה להקטין תפוקה ולהעלות מחיר מעבר לעלות השולית תוך גריפת רווח".

המבחן העיקרי המשמש לאיתורם של המוצרים הנופלים בגדרו של שוק המוצר, הוא מבחן תחליפיות הביקוש בין המוצרים, כאשר מידת התחליפיות נמדדת על-פי גמישות הביקוש הצולבת (cross elasticity of demand) ביחס למחיר. מבחן זה מודד את השפעת השינוי במחירו של מוצר אחד על הביקוש של המוצר האחר. בהתקיים גמישות ביקוש צולבת גבוהה של שני המוצרים, ניתן לומר שהמוצרים תחליפיים זה לזה (ראה: ערר 7/95 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, דינים-מחוזי, לב(1) 66).

שינוי העלאת המחיר אשר נחשב כאינדיקטור מספיק לשם מדידת השינוי בביקושים למוצרים הרלבנטיים, עומד, על-פי הפסיקה והספרות המקצועית, על כ-5%-10%. מצב דברים כזה, שבו העלאת מחיר בשיעור האמור תביא למעבר קונים מהמוצר שמחירו עלה למוצרים תחליפיים באופן שיפגע ברווחי היצרן, משקף, כפי שנקבע בפסק הדין בעניין **בזק**, תחליפיות גבוהה בין המוצרים.

כך מציינים המלומדים Van Bael ו-Bellis:

"While no rule of thumb exists in Community law which would help to determine whether, in a given

case, the degree of interchangeability between certain products is sufficient, the case law of the Court and of the Commission shows that generally a very high degree of interchangeability is required for products to be part of the same market".

(I Van Bael & J.F Bellis **Competition Law of the European Community** (3rd Ed., 1994) 71-72).

גם המלומד פוזנר ממליץ, כדי לאתר קיומו של כוח מונופוליסטי בשוק, לאמץ הגדרת שוק מצומצמת, הכוללת רק מוצרים שהם תחליפיים "טובים":

"Producers of poor substitutes in consumption or production also constrain monopoly pricing. A sufficiently large price increase will make poor substitutes at the competitive price look good to consumers, will induce producers of other products to make even costly adaptations in their production processes in order to produce the monopolized product, and may even induce the creation of entirely new firms to produce it. But that is just to say that no demand curves are vertical. In a market so broadly defined as to include poor substitutes, the large number and small market shares of individual sellers will understate the feasibility of collusive or monopolistic pricing, so it seems better to use the narrower definition, which includes only sellers of good substitutes in either consumptions or production".

(R.A. Posner **Antitrust Law** (University of Chicago Press, 2nd Ed., 2001) 149).

אכן, דרישה לקיומה של רמת תחליפיות כזאת, אשר אינה מאפשרת, למעשה, העלאת מחירו של המוצר (הנחזה להיות מוצר שבמונופולין), מעידה על קיומה של תחליפיות גבוהה או למצער תחליפיות "טובה" או "משמעותית" (ראה בספרה של ד"ר מיכל גל, **Competition Policy For Small Market Economies**, p.60). בכל מקרה וללא קשר למינוח המדויק בו נעשה שימוש לצורך הגדרת השוק, חשוב לציין כי למעשה המבחן הקובע המוסכם על הכל, הוא מבחן אקונומטרי, אשר בודק

את ההשפעה הנודעת להעלאה קטנה אך משמעותית בשיעור שבין 5%-10% במחיר המוצר, על הביקושים למוצר זה ולמוצרים הנחזים להיות מוצרים תחליפיים לאותו מוצר, ודורש כי העלאה כזאת תביא להפחתת רווחיו של בעל המונופולין.

5. יישום מבחן גמישות הביקוש הצולבת מחייב בדיקה אקונומטרית על בסיס נתונים אמפיריים אודות התנהגות הצרכנים. יישומה בשטח של בדיקה כזו הנו במקרים רבים בלתי אפשרי, מה שהביא לאימוץ אמות מידה פרקטיות שאינן נזקקות לבדיקות סטטיסטיות או אקונומטריות מסוג זה (ראה פסק הדין בעניין **מגל**, סעיף 30 לפסק הדין). בין אותן אמות מידה ניתן למנות, בראש ובראשונה, את המבחן הפונקציונלי, אשר בוחן את הייעוד ואת השימוש אשר נעשה במוצרים; אמות מידה אחרות מתייחסות לנתונים הפיזיים-אובייקטיביים של המוצרים; למחיר המוצרים; מבנה הביקוש וההיצע תוך אפיון הלקוחות והספקים המרכזיים; הפרספקטיבות בקרב הנפשות הפועלות; ומאפיינים אחרים של המוצרים, אשר יכולים להצביע על מידת התחליפיות ביניהם.

בהמשך, נבחן את טענות העוררות לגבי מוצרים או שירותים נוספים, שלשיטתן יש לכלול בהגדרת השוק, בהיותם תחליפים טובים או סבירים לשידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית.

הערה מקדמית שנבקש להעיר בהקשר זה היא שאין בדעתנו להתייחס במסגרת זו לטענות שהעלו שני הצדדים לפיהן כל צד, הן הממונה והן העוררות, הודו בעבר בכך שהשוק הרלבנטי הוא השוק התואם את ההגדרה לה טוען בהליך זה הצד שכנגד, כאשר כל אחד מהצדדים סיפק הסברים מהסברים שונים להתבטאויות כאלה או אחרות שלו בעניין. אין בדעתנו לבחון הסברים אלה וגם לא לתפוס איש מהצדדים על התבטאות כזאת או אחרת בה עשה שימוש בעבר, אלא לבחון את הגדרת השוק הראויה לגופה.

כלל שידורי הטלוויזיה הנקלטים בישראל

6. המומחה מטעם חברות העוררות, פרופ' מילר, טען בחוות דעתו כי ההגדרה הנכונה של שוק המוצר במקרה שלפנינו, היא "ההגדרה הרחבה של שוק תכני הבידור והמדיה הביתי הכולל את תכני ערוצי הטלוויזיה בכבלים, ערוצי הטלוויזיה בשידור טרסטריאלי, ערוצי לוויין, קלטות וידאו ואינטרנט". זאת, לגישתו, משום ש"תכנים

אלה כולם באים לספק את אותו צורך של הצרכן - בידור ביתי, ולמצער - בידור ביתי מול מסך".

7. בשלב זה נתייחס למרכיב העיקרי שבהגדרה זו המוצעת על-ידי העוררות, הכולל את כלל שידורי הטלוויזיה הנקלטים בישראל. שידורים אלה כוללים:

הערוצים הטריטוריאליים - שהם ערוצים הנקלטים מן האוויר (להלן - גם ערוצי האוויר), בעיקר ערוץ 1 הממלכתי וערוץ 2 המסחרי.

ערוצי הכבלים - שהם ערוצים הנקלטים באמצעות חיבור לרשת הכבלים בלבד, שבמועד ההכרזה מנו 7 ערוצים: ערוץ המשפחה (ערוץ 3); ערוץ הסרטים (ערוץ 4); ערוץ הספורט (ערוץ 5); ערוץ הילדים (ערוץ 6); ערוץ המדע (ערוץ 8); ערוץ ויוה וערוץ National Geographic.

ערוצים לוויינים - שהם ערוצים הניתנים לקליטה בישראל באמצעות צלחות קליטה, ביניהם ערוצים המשודרים במסגרת חבילת ערוצי הכבלים, וערוצים רבים נוספים.

ערוצי Must Carry נוספים - ערוץ 33; ערוץ 23; וערוץ הקניות.

8. טענת העוררות, שכל שידורי התוכן הנקלטים בטלוויזיה בישראל נכללים בהגדרת השוק, מבוססת על ההנחה שהשוק נשוא הדיון הוא שוק התוכן והתחרות בשוק זה היא על הזמן ותשומת הלב של הצרכן, שהוא אשר מחליט, תוך עיון במדריך, או תוך מעבר מתחנה לתחנה באמצעות השלט, באיזו תכנית לצפות, ללא אבחנה בין אופני ההובלה והטכנולוגיה שבאמצעותם מתבצע השידור. בתחרות זו על הזמן, העניין והצפייה של הצרכן, סבור פרופ' מילר, "שם המשחק הוא התוכן" (עמ' 3 לחוות הדעת), ו"המלחמה היא על נתחי שוק ורייטינג" (עמ' 4).

בתחרות זו, מוסיף ומסביר פרופ' מילר בחוות דעתו, מתמקדים המתחרים במלחמה על נתח העניין ונתח הכיס של הצרכן, כשכל אחד מהם שואף לנתח גדול יותר מהוצאות הצרכן. תחרות זו מתקיימת, בין היתר, במישור איכות התכנים. כאשר שיפור באיכות מעלה את זמן הצפייה של הצופה ועשוי להביא להתחרות מנויים נוספים או למנוע התנתקויות של מנויים קיימים, בעוד שפגיעה באיכות התוכן עשויה להביא להתנתקויות של מנויים קיימים ולמנוע התחרות של מנויים חדשים.

בתחום זה מתחרים ביניהם, לדעתו של פרופ' מילר, ערוצים 1 ו-2, הערוצים העצמיים של הכבלים וכן ערוצי הלוויין (בשלב זה אנו מתעלמים, כפי שצינו לעיל,

משירותים נוספים, שגם הם, להשקפתו של פרופ' מילר, נכללים בשוק זה, הם שירותי האינטרנט, והשכרת קלטות הוידאו).

על רקע הנחות אלה ערך פרופ' מילר בחוות דעתו טבלה, המתארת את חלוקת ה-Share Of Mind של הצרכן הממוצע, אשר בפניו עומדות כל החלופות בשוק תכני הבידור הביתי. טבלה זו מלמדת, לשיטתו, שמתוך 4.9 שעות צפייה ביום, 2.17 שעות, שהן כ-44% מתוך סה"כ שעות הצפייה, מוקדשות לצפייה בערוצים הטרסטריאליים; 1.75 שעות, שהן כ-33% מתוך כלל שעות הצפייה בטלוויזיה, מוקדשים לצפייה בערוצי הכבלים; ושעה אחת בממוצע מוקדשת לצפייה בערוצי לוויינים. על בסיס חלוקה זו של זמני הצפייה בין הערוצים השונים, סבור פרופ' מילר, שתכני ערוצי הכבלים אינם מהווים מונופול.

למסקנה דומה מגיע פרופ' מילר גם על בסיס חלוקת ההכנסות בין ערוצי השידור בטלוויזיה, אשר מתחלקת כדלקמן: ערוץ 2 - 47.5%; כבלים - 31.2%; ערוץ 1 - 11.4%; וצלחות לוויין - 0.9% (והשאר - אינטרנט (כולל פרסום) - 5.9%; ווידאו - 3.2%)

תמיכה נוספת, לדעתו, מוצא פרופ' מילר בניתוח חלוקת זמני הצפייה במועדים שונים בהם שודרו "אירועי טלוויזיה" משמעותיים. בדיקה זו, שנערכה לגבי שידור משחקי כדורגל, שידור האירוויזיון והתכנית "חוגגים יובל", העלתה שבמועדי השידור עלה באופן משמעותי שיעור הצפייה באותם ערוצים בהם שודרו "אירועי טלוויזיה" אלה, לעומת שיעורי הצפייה באותם ערוצים בשבוע שקדם לאותו שידור. מניתוח זה עולה, לטענתו של פרופ' מילר, כי התחרות היא בשוק התוכן, שבו תכני השידור תחליפיים זה לזה והצרכנים נוהרים לערוץ המציע תוכן מעניין יותר, מבלי להתחשב באופן שבו הוא משודר או בערוץ בו הוא משודר.

9. גם העדים מטעם העוררות העידו על קיומה של תחליפיות גבוהה בין תכני השידור בערוצי הכבלים ובין שידורי הערוצים הטרסטריאליים. כך העיד מנכ"ל מת"ב, מר עמית לוי:

"למשל, אני אתן לך אחת הדוגמאות שאני זוכר טוב, שערך 2 לקח את מיכל ינאי לתכנית הבוקר שלה ביום שבת, אנחנו היינו בזה בלחץ מאד גדול, למה היינו בלחץ מאד גדול, כי הבנו שהילדים שהתרגלו למותג שנקרא 'מיכל ינאי' יש להם פתאום את המותג הזה בערוץ 2. אולי הם לא צריכים אותנו יותר. עשינו הרבה מאד עבודות, במסגרת ערוץ

הילדים, לראות איך אנחנו מתחרים מול הפעולה שעשה ערוץ 2".

(פרוטוקול מיום 13.5.01, עמ' 108-109).

ברוח זו העיד גם מר בליניקוב, יו"ר ערוצי זהב:

"ת. ... כשנכנס ערוץ 2 היה שינוי גדול בהרגלי הצפייה. ... במובן שיותר צופים ראו רק ערוץ 1 ו-2 והעדיפו, גם היום אגב, הרבה מאד מההתנתקויות... מוסברות על-ידי הלקוחות בזה שמספיק להם התוכן שהם רואים ב-1, 2 ו-3".

וכן:

"ש. ... כך למשל, בתחום הספורט למשל שאתה אומר לנו שהמוצר שחברות הכבלים נתנו, נניח ערוץ 5, ערוץ הספורט, מה המוצרים התחליפיים שאתה רואה לנכון? שאתה רואה שהם יכולים להתחרות במוצר הזה שערוץ 5 וחברות הכבלים נותנות? ת. בעוד יומיים יש משחק של מכבי ת"א בפיינל פור, שאני מקווה שגם תנצח, אז אני בטוח שמרבית הצופים בטלוויזיה באותן שעות יסתכלו בערוץ 1 שעומד לשדר את הדבר הזה. ...

(פרוטוקול מיום 9.1.01, עמ' 2-3).

"ש. ... אם ניקח למשל את תחום הסרטים, עוד תחום לדוגמא למה שאתה אומר, שזה אחד הדברים שאתם נותנים, איזה תחליפים אתם נותנים למשל לשירות, שזה ערוץ הסרטים, ערוץ מס' 4... שאפשר להשתמש בהם? ת. ערוץ הסרטים יש תחליפים מגוונים, אולי אפילו יותר ממה שציינתי בספורט. יש אפשרות לראות סרטים בערוצי הברודקסט, ערוץ 1, ערוץ 2...".

(שם, עמ' 3-4).

בהמשך נתייחס לשידורי הטלוויזיה הנקלטים בישראל, על מרכיביהם, ונבדוק אם אלה אכן מספקים לצופה שירות תחליפי טוב דיו לשידורי הטלוויזיה הרב ערוצית.

הערוצים הטריסטריאליים

10. לטענת העוררות, השידורים הטריסטריאליים, בעיקר ערוצים 1 ו-2, הם ערוצים תחליפיים לטלוויזיה הרב-ערוצית, ועל כן נכללים באותו שוק מוצר.

11. מקובל עלינו, שבנקודת זמן מסוימת, תכני השידור המשודרים בערוצים השונים הנם בהחלט תחליפיים מבחינתו של הצרכן, אשר יכול לעבור, תוך זפזוף בשלט שבידו, בין ערוץ לערוץ, בכלל זה בין ערוצי הטלוויזיה הרב-ערוצית לבין הערוצים הטריסטריאליים, לפי בחירתו וטעמו האישי. אולם, השאלה העומדת לפנינו אינה השאלה האם תכנים כאלה או אחרים הנם תכנים תחליפיים עבור הצרכנים, אלא האם העלאה, בשיעור של 5%-10%, במחיר חבילת שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית תביא למעבר של מנויים לערוצים 1 ו-2, באופן שיפגע ברווחיות של חברות הכבלים. ההחלטה בעניין זה אינה מתקבלת על-ידי המנוי בכל רגע נתון, שבו הוא עובר מצפייה בתכנית המשודרת בערוצי הכבלים לתכנית המשודרת בערוצי האוויר, אלא בעת שהוא מתנתק או מתחבר לספק שידורי הטלוויזיה הרב ערוצית או ממנו. לעניין זה השיקול הרלבנטי אינו קשור לתכני שידור ספציפיים כאלה המועדפים על-ידי המנוי על פני תכנים אחרים, אלא האם שידורי הערוצים 1 ו-2 בכללותם הנם תחליפים מבחינתו לחבילת השידורים הרב-ערוצית הכוללת המסופקת על-ידי העוררות למנויים.

12. התחליפיות הכוללת בין שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית לבין שידורי ערוצים 1 ו-2 תקבע על-פי אופיים של השידורים, הצרכים שהם מספקים והשימושים להם הם מיועדים. מבחינה זו, ניתן לחלק את השידורים בין שידורי Broadcast לשידורי Narrowcast.

ערוצים 1 ו-2 הנם ערוצי Broadcast המתאפיינים בנושאים שונים ומגוונים המופנים למכנה המשותף הרחב ביותר של הצופים. כך כוללים הערוצים 1 ו-2 בלוח המשדרים שלהם תכנים מתחומים שונים ומגוונים: חדשות; סרטים; תכניות בידור שונות; ספורט; מדע ודעת; ועוד.

ערוצי ה-Narrowcast, הם ערוצים הערוכים לפי נושאים - ז'אנרים ייחודיים - ולפי קטגוריות מסוימות, כמו ערוצי ילדים, ספורט, אופנה, משפחה, סרטים ועוד, ולצדם ערוצים ייחודיים (Niche channels) הפונים אל פלחי אוכלוסייה מוגדרים, כמו אוכלוסיית דוברי רוסית, ערבית, וכיו"ב.

13. הטלוויזיה הרב-ערוצית מספקת לצופיה סל כולל של ערוצים, הכולל הן את ערוצי ה-Broadcast והן את ערוצי ה-Narrowcast, אשר יחדיו מספקים מגוון תכנים רחב, במשך מרבית שעות היום, אשר עונים על מגוון הצרכים והטעמים של הפרטים

השונים בכל בית אב, תוך שהם מאפשרים לכל אחד מן הצופים לבחור מבין מגוון הערוצים והתכנים את הערוץ והתוכן המתאימים לו, בהתאם לטעמיו והעדפותיו.

מאפיין זה, של רבגוניות תכני השידור, הנו המאפיין העיקרי אשר מבדיל בין הערוצים הטרסטריאליים לבין שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית. הבדל זה מלמד כי מבחינה פונקציונאלית, ערוצי השידור הטרסטריאליים מספקים צרכים ושימושים שונים מאלה המסופקים על-ידי הטלוויזיה הרב-ערוצית, שאינו מאפשר לראותם כשירותים תחליפיים "טובים" מספיק לטלוויזיה הרב-ערוצית.

14. מסיבה זו, כפי שמציין הממונה בסיכומיו, מקובלת במשפט המשווה ההשקפה, כי הטלוויזיה הרב-ערוצית מהווה שוק מוצר נפרד ועצמאי, ששידורי הטלוויזיה האחרים אינם מהווים תחליפים טובים לו.

כך קבע משרד המשפטים האמריקאי, כי:

"The relevant product market in which to analyze this transaction is the distribution of multiple channels of video programming directly to the home. The programming can be delivered by various methods, including cable, satellite and wireless technologies. The Commission has consistently taken the view that MVPD is the proper product market for evaluating competitive issues relating to cable television and DBS".

(Comments of the United States Department of Justice before the Federal Communication Commission, **In the matter of the Application of MCI Telecommunications Corporation and Echostar 110 Corporation**, January 14, 1999, ¶ IIA p.4).

לאותה מסקנה הגיע גם ה-FTC (Federal Trade Commission) בעניין המיזוג בין LMC, TCI, Turner, Time Warner ו-LMC, כאשר קבע כי שידורי האוויר, השכרת קלטות וידאו ואמצעים אחרים של חדשות ובידור אינם מהווים שירותים תחליפיים טובים מספיק לטלוויזיה רב-ערוצית:

"Cable Television Programming Services are a relevant line of commerce because over-the-air broadcast television, video cassette rentals, and other forms of news and entertainment do not have a sufficient price-constraining effect on the sales of Cable Television Programming Services to MVPDs, or the resale of Cable Television Programming Services by MVPDs to households so as to prevent the exercise of market power".

(1997 FTC, Complaint, **In the matter of TIME WARNER INC.**, a Corporation; **TURNER BROADCASTING SYSTEM INC.**, a Corporation; **TELE-COMMUNICATIONS, INC.**, a Corporation; and **LIBERTY MEDIA CORPORATION**, a Corporation, at para 26).

כך קבעו גם רשויות ההגבלים העסקיים של הקהילייה האירופאית:

"Examination of the demand substitution of consumers of "free to air" and pay television clearly demonstrates that pay television constitutes a separate relevant product market. It is only in the case of pay television that consumers have a direct trading relationship with a television broadcaster. Pay - TV operators thus compete for subscribers, whereas "free to air" broadcasters compete for viewers as audience share is the determinative factor in the television advertising market. There is no direct competitive relationship as the actors on the two markets differ. There is, however, a link between the quality of the "free to air" TV offering and the scope for the introduction of pay TV. However, this fact does not undermine the conclusion that separate markets exist. Viewers do not consider "free to air" and pay television to be substitutes, but rather complements".

(L. Mc Callum, DG IV-C-2, **EC Competition Law and Digital Pay Television**, Competition Policy Newsletter, 1 February 1999, p. 15).

ההבדל הפונקציונאלי בין הטלוויזיה רב-ערוצית וערוצי האוויר בא לידי ביטוי גם בהחלטת ה-OFT (המשרד לסחר הוגן הבריטי), בהחלטה בעניין BskyB:

"BskyB maintained that the relevant market in which it operated was that for television broadcasting in general. We did not accept that argument.

BskyB contended that it competed with terrestrial television for viewers. We agreed that the existence of free terrestrial television placed some constraint on BskyB's prices. But we were not convinced that this constraint ensured that BskyB's prices were set at a competitive level. There were significant differences between terrestrial and Pay TV: Pay TV offered subscribers the option to view a far greater quantity of programming at any given time and some sports and films were not available (or were available only on a limited basis) on terrestrial television.

...

In contrast, BskyB and other non-terrestrial broadcasters were able to dedicate multiple channels to specialist programming. These specialist channels were differentiated from the generalist terrestrial channels. For dedicated sports fans the fact that some sports events were available on terrestrial television was unlikely to be an effective substitute for a dedicated sports channel. For consumers with a high demand for a regular diet of recently released films, the existence of films on terrestrial television was unlikely to be a close substitute for a channel with a high proportion of such films".

(The Director General's Review of BskyBs Position in the Wholesale Pay TV Market, OFT179, December 1996, at para. 2.3-2.4, 16-4.17).

15. אשר לטענתו של פרופ' מילר, כי התחרות בין ערוצי השידור השונים היא על האטרקטיביות של התוכן מה שבא לידי ביטוי ב"מלחמה" על הרייטינג, דומה כי שיעורי הצפייה אינם עומדים במרכז התחרות בין הטלוויזיה הרב ערוצית לבין ערוצי האוויר, לפחות בינה לבין הערוץ המסחרי. כפי שציינה הנציבות האירופאית

בהחלטתה בעניין **Premier**, שבה נקבע, כי שוק שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית הוא שוק נפרד משוק השידורים הטרסטריליים, לאור העובדה שהטלוויזיה המסחרית מבוססת על דמי פרסום, השיקול המרכזי של ספקי שידורים אלה, מתמקד בשיעורי הצפייה בתכני השידור ומטרתם היא להשיג שיעור צפייה מרבי בכל תכנית. לעומת זאת, ספקי השידורים הרב ערוציים, אשר הכנסתם נובעת מדמי מנוי ולא מדמי פרסום, מתמקדים בהגדלת מספר המנויים, על-ידי שידור תכנים או ערוצים בהם מעוניין מספר גדול כל האפשר של צופים:

"Pay-TV constitutes a relevant product market separate from that for free-access television (free-TV), i.e. advertising-financed private television and public television financed through fees and partly through advertising... The Conditions of competition are accordingly different for the two types of television. Whereas in the case of fee - and advertising - financed television the audience share and the advertising rates are the key parameters, in the case of pay-TV the key factors are the shaping of programmers to meet the interests of the target groups and the level of subscriptions".

(1999/153/EC: Commission Decision of 27 May 1998 relating to a proceeding pursuant to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (Case NO IV/M. 993 **Bertelsmann/Kirch/Premiere**) OJ L 53/1 1999, para 18).

16. העוררות טוענות לשיעור גבוה של התנתקויות מערוצי הטלוויזיה הרב-ערוצית לטובת הערוצים הטרסטריליים, מה שמעיד, לשיטתן, על כך שהצופים רואים בהם מוצר תחליפי.

אנו מוכנים להניח, שקיימים צופים המתנתקים משידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית משום שדי להם בשידורי האוויר. אולם בכך בלבד אין כדי להוכיח ששידורי האוויר מהווים מוצר תחליפי לשידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית שבכוחו לרסן כוח שוק בתחום האחרון. כדי להוכיח זאת, היה על העוררות להראות ששיעור התחליפיות הנו גבוה דיו עד שיש בו כדי לרסן כוח שוק בתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית. כזאת לא הוכח. למעשה, לא הובאה כל ראיה כמותית שתאפשר הסקת מסקנה כזו. התייחסו לכך המלומדים Areeda ו-Hovenkamp:

"An occasional court still makes the error - often on summary disposition - that one can infer from observed substitution in demand that two different products or services are in the same market. However, the fact that people can be observed to switch between a product such as cable television and alternatives such as over-the-air television or video rentals does *not* indicate that these alternatives belong in the same market as cable unless we additionally know that the degree of substitution is sufficient to hold cable television prices to cost. That is, we may be observing significant substitution because the cable television is *already* being priced at a supracompetitive level".

(P.E. Areeda & Hovenkamp **Antitrust Law** (1999 Supplement, Aspen Law & Business, 1999), ¶539'a, p. 157).

17. גם העובדה שחלק ניכר מבין מנויי הכבלים מעדיף לצפות, בדרך-כלל, בשידורי הערוצים הטרסטריאליים, אינה מלמדת שערוצים אלה הנם ערוצים תחליפיים טובים דיים לחבילות הכבלים. עצם העובדה שהמנוי יכול, במקום לצפות בשידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית, לצפות בשידורים אחרים, כמו גם לעסוק בעיסוקי פנאי אחרים, שבהם הוא מעדיף לעסוק על פני הצפייה בטלוויזיה בכלל או בשידורי הכבלים בפרט, אינה מלמדת על קיומה של תחליפיות בין שני המוצרים. המנוי יכול בהחלט, ובפועל כך עושים מרבית המנויים, לצפות בשידורי האוויר ובה בעת להיות מנוי גם על הטלוויזיה הרב-ערוצית. עובדה היא, שחרף שיעורי הצפייה הגבוהים בערוצים הטרסטריאליים, מרבית הצופים אינם מוותרים על השידורים הרב-ערוציים. מסתבר שהסיבה לכך היא ששידורים אלה מספקים להם שירות משלים ולא שירות חילופי. התייחסה לכך הנציבות האירופאית בהחלטתה בעניין **Premiere** :

"According to a study by GfK-Fernsehforschung (GfK TV Research), Pay-TV subscribers devote on average 90% of their daily viewing time to free TV and 10% to pay-TV. The fact that subscribers, despite comparatively little use, are prepared to pay considerable sums for pay-TV indicates that the latter is a clearly distinguishable product with specific extra utility".

(Ibid, ¶18).

18. לאור שיקולים אלה, אנו סבורים שהערוצים הטרסטריאליים אינם מהווים תחליף טוב דיו לטלוויזיה הרב ערוצית, ואין לכלול אותם, לפיכך, בהגדרת השוק הרלוונטית לטלוויזיה הרב ערוצית.

19. המסקנה דלעיל, די בה, למעשה, כדי להביא לדחיית הערר. שכן, גם פרופ' מילר מסכים, כי בהנחה ששוק המוצר אינו כולל את הערוצים הטרסטריאליים, כי אז נתח השוק של ערוצי הכבלים עולה על 50%. כך בהיבט של זמני הצפייה, כאשר הצפייה בערוצי הכבלים עומדת על 1.75 שעות ליום מתוך 3.21 שעות צפייה כוללות (כולל אינטרנט ווידאו). כך גם על-פי היקף ההכנסה השנתית (כאשר ההכנסה השנתית של חברות הטל"כ עומדת על 440 מיליון דולר מתוך הכנסה שנתית כוללת (לא כולל ערוצים 1 ו-2) של 580 מיליון דולר של כלל ספקי שידורי הטלוויזיה בישראל.

כך העיד פרופ' מילר כי :

"אם אין לי את ערוץ 1 ו-2 אני חושב שאני מונופול".

(פרוטוקול מיום 13.5.01, עמ' 24).

וכן :

"אתה משווה את זה למצב שבו הכבלים נמצאים אבל אין לך את ערוץ 1 ו-2 שזה מצב חדש לחלוטין, אני לא הייתי כותב אז חוות-דעת".

(שם, עמ' 24).

20. מעבר לנדרש, והואיל והצדדים פרשו בפנינו בהרחבה טענותיהם גם לגבי שירותים אחרים שהם, לטענת העוררות, מוצרים תחליפיים לטלוויזיה הרב ערוצית, בעיקר ערוצים הנקלטים באמצעות לוויין, שירותי השכרת קלטות וידאו וגלישה באינטרנט, נתייחס בהמשך בקצרה גם לשירותים אלה.

ערוצים הנקלטים באמצעות לוויין

21. פרופ' מילר טוען בחוות-דעתו, כי במסגרת חלופה זו, יכול הצופה להתקין, בהשקעה שבין 1,500-2,800 ש"ח, צלחת קליטה לערוצים לוויינים, באמצעותה יוכל לקלוט,

מאות ערוצים לא מוצפנים מארצות אירופה השכנות. באמצעות צלחת כזו, ניתן לקלוט גם ערוצי חדשות כמו ה- CNN, BBC World, ערוץ 33, Bloomberg TV, UK ו- Euronews. כן ניתן לקלוט באמצעות צלחת קליטה את ערוצי המוסיקה BET on Jazz ו- MTV 2, וערוצי ספורט: Eurosport, ליגת האלופות והערוץ הספרדי TV De Galicia המשדר את משחקי הליגה הספרדית. קיימים גם ערוצי נישא שניתן לקלוט באמצעות צלחות קליטה ובהם: ערוץ הקניות, ערוץ האופנה וערוצי פורנוגרפיה. בנוסף, ניתן לצפות בשלל ערוצים (107) בשפות שונות.

כתוספת למגוון הערוצים הלא מוצפנים, ניתן לרכוש, על-פי האמור בחוות-דעתו של פרופ' מילר, גם חבילות ערוצים מוצפנים, כאשר העלות החודשית הממוצעת לרכישת חבילה של כ-60 ערוצים הנה כ-270 דולר ותוספת העלות הקבועה לציוד מוערכת בכ- 1,500 ₪.

לטענת העוררות, על-פי נתונים שנמסרו על-ידי יו"ר המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין לועדת הכלכלה של הכנסת, כבר בשנת 1997 היו בישראל כ-200,000 בתי אב הקולטים שידורי טלוויזיה רב-ערוצית באמצעות צלחות לוויין ביתיות, ומדי שנה בשנה מותקנות בבתים בישראל עשרות אלפי צלחות נוספות.

22. אולם, השאלה אם מדובר במוצר תחליפי טוב דיו, הנמנה על אותו שוק, אינה יכולה להיקבע על-פי מספר צלחות הלוויין המותקנות ברחבי הארץ, גם לא על-פי מספר הערוצים שניתן לקלוט בדרך זו. לצורך כך יש לבחון את מאפייני הביקוש של הצופים הנזקקים למוצר זה ומעדיפים אותו על פני הטלוויזיה הרב-ערוצית, ולבדוק אם מבחינתם מדובר במוצר תחליפי.

מחומר הראיות שלפנינו עולה, כי משתמשי צלחות הקליטה ללוויינים מחולקים לשלוש קבוצות עיקריות:

- א. היישובים הלא יהודיים, בעיקר אבי המגור הערבי שבדרך-כלל אינם מרושמים לכבלים החוקיים.
- ב. עולים מחבר העמים.
- ג. מערכות קליטה מרכזיות ביישובים קהילתיים, קיבוצים ומושבים (ראה מכתבה של גב' פליישר, נספח י"ד לתצהיר הכלכלנית הגב' שטרק-רונו).

גם פרופ' מילר אישר בעדותו, שהאוכלוסייה אשר קולטת שידורי לוויינים מורכבת בעיקר מהמגזר הערבי ומהאוכלוסייה הדוברת רוסית.

23. אשר למגזר הערבי, מהראיות שלפנינו מסתבר, שלפחות עבור חלק ממגזר זה, שידורי הכבלים אינם אטרקטיביים, וזאת על רקע הבדלי תרבות ושפה, אולי גם על רקע דתי או אידיאולוגי, והוא מעדיף קליטה עצמאית של ערוצים דוברי ערבית. כך העידה גב' שטרק במענה לשאלותיו של ב"כ מת"ב:

"ש. ... אני שואל אותך האם נכון ששימי אלעד, שאת אמרת ... שהוא בכיר באגף לטלוויזיה בכבלים במשרד התקשורת, בשיחה שקיימת איתו, אמר לפי משרד התקשורת, וביישובים הערבים בגלל התרבות לא רוצים ערוצים ישראלים ולכן יש להם הרבה ערוצים שהם קולטים באמצעות צלחות לוויין עצמאיות ואפילו מפיצים אותם באמצעות כבלים. האם זה נכון שהוא אמר לך את הדברים האלה?
ת. הוא אמר את הדברים האלה".

(פרוטוקול מיום 23.10.01, עמ' 97).

מסקנה זו עולה גם מעדויותיהם של עדי העוררות. כך העיד מר דואר:

"הייתי אומר, שלחלק לא קטן באוכלוסייה הערבית הערוצים שלנו כמעט לא רלבנטיים".

(פרוטוקול מיום 9.5.01, עמ' 69).

ומר עמית לוי, מנכ"ל מת"ב, ציין בתצהירו:

"כי חלק נכבד מתוך כ-40,976 בתי האב אשר אינם מחוברים לרשת הכבלים של החברה, כלל אינם מעוניינים להתחבר לרשת זו. כך למשל, היישוב אום-אל-פחם, הכולל כ-7,000 בתי אב, אינו מחובר לרשת הכבלים של מת"ב עקב התנגדותם של פרנסי העיר להתחברות זו מטעמי דת ומניעים לאומיים שונים. דברים אלו היו נכונים גם לגבי היישוב קלנסואה, הכולל כ-3,000 בתי אב, וכן לגבי יישובים נוספים במגזר הערבי. בדומה, ישנם יישובים אחרים ובהם למשל היישובים עוספיה (הכולל כ-1,800 בתי אב), דלית-אל-כרמל (הכולל כ-2,500 בתי אב) ועילבון (הכולל כ-814 בתי אב) בהם מעדיפים התושבים להימנע מהתחברות לרשת של החברה ומעדיפים חלק זאת להמשיך ולקבל שידורי טלוויזיה בכבלים פיראטים".

(סעיף 3 לתצהיר).

התייחסה לכך גם גב' שטרק-רונו בעדותה:

"צריך גם להדגיש בעניין הזה, שמי שמלכתחילה לא מעוניין לצפות בתכנים בשפה העברית, או לא מעוניין לצפות בתכנים שמאפיינים את התרבות הישראלית כמו שהיא באה לידי ביטוי בתכניות של הכבלים, הוא מלכתחילה לא נכנס לשוק הזה, אבל לא מדובר על ציבור שלם".

(פרוטוקול מיום 23.10.01, עמ' 117).

24. מכאן עולה שהשידורים הלווייניים הנקלטים באמצעות צלחות לוויין אינם שידורים תחליפיים לשידורי הטלוויזיה הרב ערוצית, לפחות לגבי חלק מהמגזר הערבי אשר צופה בערוצים הלווייניים באמצעות צלחות קליטה, אשר אינו מעוניין בשירות זה.

25. מסתבר שזה גם המצב לגבי חלק מאוכלוסיית עולי ברית המועצות לשעבר, אשר מעדיף קליטת ערוצי שידורים בשפה הרוסית באמצעות צלחות לוויין, שהם שידורים התואמים יותר את תרבותו ושפתו, שאותם הוא מעדיף על פני שידורי הכבלים, למרות שגם במסגרת זו ניתן לקלוט ערוצי שידור בשפה הרוסית.

גם לנושא זה התייחסה גב' שטרק-רונו בעדותה:

"ש. ... ציבור הצרכנים דובר הרוסית ודובר הערבית הוא חלק משוק?
ת. כן, כי ציבור הוא חלק מהשוק. יכול להיות שיש אנשים מסוימים שעבורם השירות הזה, בא נגיד ככה, יכול להיות שחלק מהציבור הזה שלא מעוניין פשוט בשירותים של הכבלים. יכול להיות שמעוניין בשירותים אך ורק בשפה שרק הוא מבין.
לדוגמא, אם יש עולה שעלה לפני שנה או לפני שנה וחצי הוא עלה מרוסיה והוא לא מדבר בכלל עברית, ברור שהכבלים לא רלבנטיים...
ש. סליחה, למה הכבלים לא רלבנטיים?
ת. כי הכבלים לא מדברים את השפה שהיא מובנת לו".

(פרוטוקול מיום 23.10.01, עמ' 145)

התייחס לנושא זה גם מר דואר, מנכ"ל תבל:

"ת. אתה רוצה צפייה מעורבת במשפחה הרוסית, הדור הצעיר צופה גם בערוצים ישראלים, הדור היותר ותיק צופה הרבה מאד בערוצים רוסיים שרובם ניתנים לקליטה. אתה רואה את כל האנטנות על הגגות בכל הערים".

(פרוטוקול מיום 9.5.01, עמ' 69).

26. מתצהירו של מר עמית לויין עולה, שגם עבור חלק מהישובים במגזר היהודי, ערוצי הלוויין אינם תחליפיים לרשת הכבלים. מדובר ביישובים, בעיקר קיבוצים, בהם ישנה רשת כבלים פנימית אשר מספקת להם שידורי ערוצים לוויינים אשר נקלטים על-ידי צלחות לוויין ביתיות מרכזיות שנמצאות ביישובים אלה. כפי שמציין מר לויין בתצהירו, "אף כאשר פנתה החברה בעבר לחלק מיישובים אלה בהצעות התחברות אטרקטיביות שכללו הנחות משמעותיות (עד כדי 50% על דמי המנוי), העדיפו באותם יישובים שלא להתחבר לרשת של החברה בטענה, כי הם מקבלים את שדרוש להם משידורים הנקלטים באמצעות לוויין" (סעיף 4 לתצהיר).

27. מכאן, שלגבי אותה אוכלוסייה המעדיפה לצפות בשידורים הנקלטים מן האוויר באמצעות צלחות לוויין, או לגבי חלק ניכר של אוכלוסייה זו, מסתבר ששידורים אלה אינם שידורים תחליפיים לשידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית. נראה שמסיבה זו העוררות גם אינן מנסות לחדור לפלחי שוק אלה. כך עולה מדבריו של מר בלינקוב:

"ת. ...לכן אם הלקוחות שלי אומרים שהם לא רוצים אותי כי יש להם את הערוצים הללו, עכשיו יכול להיות עובד לא נכון מבחינה שיווקית ואני לא בודק כמה העלות שלהם כדי לבוא ולהציע להם הצעות אטרקטיביות, אבל הרי אתה יודע בדיוק שקשה לי להציע הצעות ספציפיות לאוכלוסיות מסוימות כי אני מוגבל בחבילה כוללת ואפילו את הטירינג שהיה מגיע לי עוד לא נתנו לי, אולי היום זה יהיה יותר אקטואלי, אבל בטח באותה עת זה לא היה אקטואלי".

(פרוטוקול מיום 9.5.01, עמ' 47).

28. מעבר לנושא התחליפיות הפונקציונלית, מסתבר שקיימים גם פערי עלויות בין חבילת הכבלים ובין קליטת הערוצים הלוויינים, לפחות ככל שמדובר בקליטת ערוצים מוצפנים. כך, על-פי חוות דעתו של פרופ' מילר, העלות החודשית הממוצעת לרכישת חבילה של כ-70 ערוצים הנה כ-280 דולר, וזאת בנוסף לעלות התקנת הצלחות.

29. לסיכומו של נושא זה, לא שוכנענו ששידורי הטלוויזיה הנקלטים באמצעות לוויינים משמשים חלופה טובה לשידורי הטל"כ.

השכרת קלטות וידאו

30. מעבר לשידורי הטלוויזיה מבקשות העוררות לכלול בהגדרת השוק גם את ענף השכרת קלטות הוידאו והאינטרנט. בנושא זה טען פרופ' מילר בחוות-דעתו, כי השכרת קלטות וידאו מהווה אופציה טובה מבחינת הצרכן המעוניין לצפות בסרטים חדשים בביתו, וכי מדובר בשירות חילופי לשירותי הטל"כ. בשוק הישראלי קיים היצע רחב של ספריות וידאו ומגוון גדול של צורות השאלה שלפי הטענה מהווים חלופה נוחה לצפייה בטלוויזיה עבור הצופה הישראלי. פרופ' מילר למד על קיומה של תחליפיות כזו גם מההיסטוריה של ענף ספריות הוידאו, אשר בעבר נפגע קשה עקב פריחת הכבלים הפיראטים ומאוחר יותר עקב כניסתם לשוק של הכבלים החוקיים ועלייתו לאוויר של ערוץ 2. פגיעה זו, לדעתו, הנה תולדה ישירה של התחליפיות בין סרטי הוידאו לבין היצע התכניות והסרטים שהציעו ערוצי הטלוויזיה השונים, כאשר בשעתו הקהל העדיף את שירותי הטלוויזיה הכוללים תכנים מגוונים ונגישים במחיר חודשי קבוע על פני השכרת קלטות וידאו. המפנה בשוק זה חל לדבריו בשנת 1995 עם כניסתה לשוק של רשת הספריות האמריקניות Blockbuster, שאימצה תפיסה שיווקיות המבוססת על הפצת סרטים חדשים בהיקפים גדולים והורדת מחירים משמעותית, מה שאפשר לענף להגיע לצמיחה מחודשת.

מכל אלה עולה, סבור פרופ' מילר, "כי ישנה תחליפיות סבירה בין התכנים הזמינים לצופה הישראלי דרך ספריות הוידאו ואלה הנגישים דרך הטלוויזיה" (עמ' 20 לחוות הדעת).

מר אילן גבעון, מנכ"ל Blockbuster ישראל העיד אף הוא על קיומה של תחרות בין ענף השכרת הוידאו לבין חברות הכבלים:

"ברצוני לציין כי ענף הוידאו הסתגל לתחרות שנוצרה בין הוידאו לבין הטל"כ וזאת על-ידי אימוץ אסטרטגיות שיווק בהן ניתן דגש לסרטים חדשים בכמויות גדולות. בכך

הציב עצמו ענף הוידאו כמתחרה לחברות הטל"כ במאבק על נתחי שוק בשוק התרבות והפנאי".

(סעיף 5 לחוות הדעת).

בדומה העיד מר עמית לוי :

"אם אני חובב של הסרטים, אני אתן לך איזה שהוא מנוי לספריית וידאו זה תחליף לזה שאני חובב סרטים. נכון, לא בכל שעות היום, זה לא באותה זמינות, זה משהו אחר, אבל אותו קהל שחובב סרטים, אחד יש לו את החדשנות ואת הסרטים האחרים והשני יש לו איזושהי זמינות של ערוץ אבל הם חליפיים".

(פרוטוקול מיום 13.5.01, עמ' 111).

31. שיקול הגיוון, בשלו סברנו שערוצי האוויר הטרסטריאליים אינם חלופיים לערוצי הכבלים, יפה, מקל וחומר, לעניין שירותי השכרת קלטות וידאו. הפער במגוון התכנים בין שידורי הטל"כ לבין השכרת סרטי וידאו, מלמד שאין מדובר במוצר תחליפי אשר יכול לרסן כוח שוק בתחום שידורי הטל"כ. לכל היותר, ניתן לומר שקיימת תחליפיות חלקית בין השכרת קלטות וידאו לבין ערוץ הסרטים של חברות הכבלים. לאור ההבדלים באופי השירות של השכרת קלטות וידאו, זמינותו של השירות ומחירו, יש לנו ספק גם בכך. אבל ודאי שאין לקבל את הטענה, שהשכרת קלטות וידאו הנו שירות חלופי לחבילת הכבלים בכללותה. כך העיד גם מר בלינקוב, יו"ר ערוצי זהב :

"ספריות וידאו הן תחליפיות בעיקר לערוצי סרטים".

(פרוטוקול מיום 9.5.01, עמ' 48).

ההבדל בין המוצרים ניכר לא רק במגוון אלא גם באופי השירות. בעוד שערוצי הסרטים הנם זמינים ונמצאים בהישג ידו של המנוי משך כל שעות היום, שירותי השכרת הסרטים זמינים פחות, הם כרוכים בעלויות עסקה (גישה לספרייה) וגם מחירם גבוה יחסית בהשוואה למחיר הצפייה בסרט בערוצי הסרטים.

גם מדבריו של מר אילן גבעון ניתן ללמוד כי התחרות העיקרית בין סיפריות הוידאו לבין חברות הטל"כ היא בתחום ה"Pay per View" (תשלום לפי צפייה, שירות שאינו נכלל בהכרזה) :

"כשיהיה טירינג, וזה מתחיל בקרוב, הוא יוכל להיות קצת יותר מדויק. לקוחות שאוהבים סרטים, שהולכים לקולנוע, הולכים לוידאו הם גם יראו את ה-פיי פר ויו בכבלים. זה יהיו אותם לקוחות".

(פרוטוקול מיום 11.6.01, עמ' 32).

וכן:

"כ.ה. עדיאל: האם מחיר המנוי בכבלים ובלווין זה אצלך שיקול בקביעת המחיר?
ת. מאד... למעשה יישרתי קו עכשיו עם מחיר הפיי פר ויו בארץ של 15 ₪. רוב הסרטים שמקרינים בפיי פר ויו אצלי ניתן לשכור אותם ב-15 ₪ או מאד בקרוב ב-8 ₪".

(שם, עמ' 144).

מעדותו של מר גבעון גם עולה ששירותי השכרת קלטות הוידאו לא הביאו לניתוקים של מנויים משירותי הכבלים:

"כ.ה. קנדל: ישנה טענה שאתם מתחרים ראש בראש עם הכבלים, זה אומר שצריכה להיות מורגשת עליה בהתנתקויות ברגע שאתם פותחים איזשהו מאגא סטור באזור. יש לך איזשהי אינדיקציה שיש כזאת פעילות.
ת. א. אין לי אינדיקציה. ב. אני לא מקבל את הטענה, אבל אני יכול רק להגיד שבפתיחה בכפר סבא, אפשר לומר שכפר סבא היא שנפתחה ושנתיים קודם לכן לא פתחנו חנויות. זאת אומרת בתקופה הסוערת של הכבלים והלווין בשנה האחרונה לנו לא היה שום גרימת צד
כ.ה. קנדל: וב-99?
ת. ב-99 גם לא פתחנו ספריות, רק ב-98 ואני ממש לא יכול להגיד שאני גרמתי לניתוקים. גם לאנשים לא היתה סיבה להתנתק כי לא היתה אלטרנטיבה".

(פרוטוקול מיום 11.6.01, עמ' 43-44).

מסקנתנו הנה אפוא, ששירותי השכרת קלטות וידאו אינם תחליפיים לערוצי הכבלים.

אינטרנט

32. את טענת התחליפיות בין האינטרנט לטלוויזיה הרב ערוצית מבסס פרופ' מילר על מגוון התכנים הרחב העומד לרשות גולשי האינטרנט ועל רעיון ההתלכדות

הדיגיטלית, הטכנולוגית והעסקית המאפיינת את ענפי המידע, התקשורת והבידור בשנים האחרונות, שהפכה את הפלטפורמה עליה עובר המידע למשתמש לשקופה עבורו. מנוי אינטרנט ישראלי יכול כיום, לדבריו, לבחור בין עשרות אלפי אתרים ישראליים ובין מיליוני אתרים זרים המציעים מידע ובידור כאחד. זאת, החל ממידע בנושא מחשבים, דרך סרטים וספרים וכלה בעצות לגינון. בחינת נתוני הרייטינג במועדים בהם שודרו מספר אירועי טלוויזיה משמעותיים מצביעה על ירידה במספר הגולשים באותם מועדים, מה שתומך, לגישתו של פרופ' מילר, בקיומה של תחליפיות סבירה בין התכנים הזמינים לצופה הישראלי דרך רשת האינטרנט ואלה נגישים דרך הטלוויזיה.

33. כפי שנאמר לגבי הערוצים הטריסטריאליים, והדברים נכונים גם לגבי האינטרנט, עצם העובדה שבנקודת זמן מסוימת יכול המנוי לבחור בין גלישה באינטרנט לבין צפייה בשידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית, אינה מלמדת ששני המוצרים הנם מוצרים תחליפיים, ודאי לא במידת התחליפיות הנדרשת כדי לכלול אותם באותו שוק מוצר, באופן שהעלאת מחיר מנויי הכבלים בשיעור שבין 5%-10% תביא למעבר של צופים לגלישה באינטרנט. גם כאן אנו סבורים שמדובר במוצרים משלימים וכי האינטרנט אינו יכול לרסן כוח שוק בתחום שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית.

34. גם הטענה בדבר ניתוק של מנויים עקב השימוש באינטרנט לא הוכחה. מר דואר, מנכ"ל תב"ל, אמנם העיד, במענה לשאלה האם יש אנשים שמתנתקים כתוצאה מהאינטרנט כי:

"זה קורה, בעיקר במשפחות עם ילדים, כאשר הורים, יש תופעה של ניתוק, אני לא יודע למדוד אותה כרגע ממש במספרים שבאים הורים ואומרים הילד שלי שיושב שעות מול האינטרנט, חבל לי על הזמן שישב מול הטלוויזיה זה מספק אותו שם".

(פרוטוקול מיום 9.5.01, עמ' 67).

אולם, התרשמות כללית כזאת, הנעדרת כל תשתית-עובדתית-כמותית, אינה יכולה לבסס את הטענה, כי האינטרנט הנו מוצר חלופי לשידורי הטלוויזיה הרב-ערוציים. כפי שכבר נאמר, עצם העובדה שהמנוי יכול בזמנו הפנוי לעסוק בעיסוקי פנאי שונים כגון, קריאה בספרים, האזנה למוסיקה, גלישה באינטרנט או צפייה בטלוויזיה, אינה מלמדת על כך שמדובר במוצרים תחליפיים. גם מבחינה פונקציונאלית לא הוכח שהגלישה באינטרנט מספקת, ברמת תחליפיות טובה דיה, את אותם צרכים שמספקת הצפייה בשידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית. כן לא הוכח, שהיקף ואיכות

הצפייה בשידורי וידיאו באמצעות האינטרנט, מציבה את האינטרנט כמוצר חלופי, למשל, בתחום הסרטים. מה גם שהעברת סרטי וידיאו דורשת תשתיות רחבות פס, שבמועד ההכרזה היו מצויות בישראל בהיקף מצומצם בלבד.

עיסוקי פנאי נוספים, כולל עיסוקים המתבצעים מחוץ לבית המנוי

35. העוררות טענו לתחליפיות של מוצרים/שירותים נוספים לשידורי הטלוויזיה הרב ערוצית כמו בתי קולנוע; הצגות תיאטרון; אירועי ספורט; האזנה ברדיו לשידורי מוסיקה, חינוך ואקטואליה; האזנה לתקליטים וקלטות; קריאת עיתונים; קריאת ספרים; האזנה לקונצרטים, מופעי בידור ועוד.

נציין שגם פרופ' מילר לא תמך בחוות-דעתו בחלופה כה רחבה להגדרת השוק. לדעתנו, מדובר בטענות סרק שאין בהן ממש.

סקרים שנערכו בקרב מינויי מת"ב

36. חברת מת"ב הציגה חוות-דעת שהוכנה על-ידי פרופ' אבי דגני ושהתבססה על סקר שנערך על ידו בין מדגם מייצג של 500 משקי בית, שהם מנויי חברת מת"ב. הסקר התבסס על שאלון שבו נשאלו המרואיינים האם עיסוקים שונים יכולים להיות, מבחינתם, "חלופה, מלאה או חלקית, למה שנותנת חברת טלוויזיה בכבלים למנויים שלה, כלומר מה יכול לבוא במקום החיבור לכבלים?". העיסוקים נשוא השאלה היו: גלישה באינטרנט; סרטים בקולנוע; צפייה בסרטי וידיאו למבוגרים ולילדים; צפייה בערוצים 1 ו-2 ובערוצים הנוספים שניתן לקלוט באנטנה רגילה, כמו שידורים מירדן, מצרים וערוצים מהמזרח התיכון; ושידורי טלוויזיה הנקלטים באמצעות צלחת לוויין. לגבי כל העיסוקים האמורים, התבקשו המרואיינים להשיב אם כל אחד מאלה יכול שיהא חלופה מלאה או לפחות חלקית אשר תבוא במקום חיבור לטל"כ. שאלה נוספת שנשאלה בסקר הייתה, האם צירוף כל החלופות האמורות, כולן ביחד או חלק מהן, יכול להיות חלופה ממשית כאמור.

על-פי ממצאי הסקר, 45.8% מהנשאלים השיבו ששידורי טלוויזיה שנקלטים באמצעות צלחת לוויין יכולים להוות חלופה מלאה או לפחות חלקית לשידורי

הכבלים, 44% השיבו תשובה דומה לגבי צפייה בסרטי וידיאו למבוגרים ולילדים; 44% מהנשאלים ראו בצפייה בסרטי קולנוע כחלופה מלאה או חלקית לשידורי הכבלים; 36.5% השיבו כאמור לגבי צפייה בערוצים 1 ו-2 וכן בערוצי ירדן ומצרים, ו-26.3% ראו באינטרנט חלופה מלאה או חלקית לשידורי הכבלים. 44.9% מהנשאלים השיבו כי צירוף כל החלופות הנזכרות, או חלקן, יכול להוות חלופה ממשית לשידורי הטל"כ.

מת"ב טוענת, שסקר זה מבסס את הטענה שעבור חלק גדול מהמנויים שלה, מוצרי הפנאי הנזכרים הנם מוצרים חלופיים לשידורי הטל"כ, מה שמצביע על כך שכולם נכללים באותו שוק. מכאן עולה, לטענתה, כי הציבור באזורי פעילותה של מת"ב סבור, כי שירותי התוכן של מת"ב מצויים בתחרות עם שידורי טלוויזיה שנקלטים באמצעות צלחות לוויין, עם צפייה בסרטי וידיאו, עם צפייה בסרטי קולנוע, צפייה בערוצים כגון 1 ו-2 שנקלטים באנטנה רגילה ועם גלישה באינטרנט. המסקנה העולה בבידור, טוענת מת"ב, הנה כי לדעת התושבים באזורי פעילותה של מת"ב, פועלת מת"ב בשוק שירותי הבידור והפנאי או לפחות בשוק של שידורי הבידור והפנאי שנעשים מול מסך בבית (כגון: צפייה בשירותיה של מת"ב, בוידאו, גלישה באינטרנט וכו'), ומחוץ לבית (כגון: צפייה בסרטי קולנוע).

37. לא שוכנענו שסקר זה מוכיח קיומה של תחליפיות מספקת בין עיסוקי הפנאי האמורים לבין שידורי טלוויזיה רב-ערוצית.

ראשית, יש לנו ספק לגבי המשקל שניתן לתשובות הנשאלים המבוססות על הערכות ולא על מעשים, למשל התנתקות. שהרי עובדה היא שכל אותם מנויים ממשיכים להיות מנויים של מת"ב ואינם מתנתקים משירותיה חרף קיומן, לשיטתם, של חלופות טובות לשידורי הטלוויזיה הרב ערוצית.

שנית, מנוסח השאלות לא ברור האם מדובר בחלופות, למשל, צפייה בסרטי קולנוע לכלל חבילת הכבלים, אשר לדעת המנוי עשויה לאפשר התנתקות מספק הטלוויזיה הרב-ערוצית, או שמדובר בחלופה נקודתית אשר יפה לאותו מועד בו נזקק המנוי לעיסוק האחר. קיימת בהחלט אפשרות שהנשאלים אשר השיבו שצפייה בסרטים בקולנוע יכולה להוות חלופה מלאה או לפחות חלקית לשידורי הכבלים כיוונו לכך שבמועד הצפייה עצמה הם יכולים להסתפק בצפייה בסרט בבית קולנוע במקום לראות סרט בערוץ הסרטים שבכבלים. אפשרות זו מתחזקת גם לאור תשובותיו של פרופ' דגני בחקירתו:

"...אנחנו שוחחנו על הנושא של מה יכול להיות מצוי באותו עולם תוכן ו/או חלופות שעומדות סביב תרבות, בילוי בילוי זמן על הבידור...

...
אנחנו בכלל לא דיברנו על חיבור, דיברנו על תכנים, על תוכן שבא במקום תוכן.

...
כ.ה. קידר: ויש הבדל בין השירות שנותנים שהוא יכול להיות כרגע לא טוב ואני נשאר מחובר לבין ניתוק. לכן, השאלה האם השאלות משקפות את ההתנתקות מהכבלים, כלומר התנתקות מהאופציה או שהוא אומר זה יכול להחליף לי כי כרגע התוכן לא מספק אותי.
ת. אני בטוח, או לפחות אני הייתי בטוח כל הזמן, שאנחנו מדברים על רמות התוכן. החיבור והניתוק הם אקט של שביעות רצון או של אי שביעות רצון שבכלל לא היו נושא לבדיקה שלנו בשאלות 1 עד 7 ושאלה 20 על סעיפיה... כאן אנחנו עסקנו במפורש בעולמות התוכן, ועולמות התוכן בחנו אותם אחד לאחד...

...
כ.ה. קידר: האם אתה רוצה לוותר על העובדה שתהיה לך מכונית ומחליט היום לנסוע ברכבת, ואתה אומר לא, התכוונתי שהם מעדיפים באותו יום לנסוע ברכבת ולא במכונית ולא לוותר על המכונית שלהם?
ת. נכון, כך אני הבנתי את הדבר."

(פרוטוקול מיום 11.6.01, עמ' 61-62, 68, 73-75).

חלק מהשאלות אמנם כוללות, לצד השאלה האם אותו עיסוק יכול להיות חלופה מלאה או חלקית, גם את השאלה האם הוא יכול "לבוא במקום מה שנותנת חברת טלוויזיה בכבלים למנויים שלה?". אולם, בחלק אחר של השאלות לא נכלל הסיפא, דהיינו, השאלה הוגבלה לשאלה האם אותו עיסוק, האזנה למוסיקה למשל, יכול להיות חלופה מלאה או לפחות חלקית לטל"כ, ולא נשאל גם האם עיסוק זה יכול לבוא במקום חיבור לטל"כ. בחלק אחר של השאלות נוסח השאלה שונה באופן שהנשאל התבקש להשיב אם אותו עיסוק יכול להיות חלופה "למה שנותנת חברת טלוויזיה בכבלים". אין מדובר אפוא בנוסח אחיד, מה שמקשה עוד יותר ללמוד מהתשובות מסקנות חד משמעיות.

טענות נגד הליך ההכרזה שקיים על-ידי הממונה

38. בעניין זה טוענות העוררות, כי הממונה לא קיים את חובת השימוע ולא קיבל את זכות הטיעון של העוררות טרם פרסום ההכרזה, כי הוא כלל לא טרח לבדוק מהו השוק הרלבנטי קודם להכרזה, כי פעל משיקולים זרים ועקב לחץ שהופעל עליו מצדה של חברת הלוויין (YES) וכי ההכרזה נעדרת הנמקה, מה שמעביר על שכמו של

הממונה את נטל השכנוע כעולה מהוראת סעיף 6 לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958.

39. נקדים ונאמר, כי מכל הטענות האמורות, מקובלת עלינו רק הטענה בדבר העדר הנמקה, וגם זאת באופן חלקי ובהתייחס לחוסר הנמקה בדבר השיקולים בנושא הגדרת השוק. לעניין ההנמקה, הממונה אכן לא נימק בהכרזה את השיקולים על יסודם הוא הגדיר את השוק הרלבנטי כשוק אספקת שידורי טלוויזיה רב-ערוצית בתשלום, ומדוע לא כלל בהגדרת השוק שירותים נוספים, במיוחד את שידורי הטלוויזיה האחרים, כולל ערוצי האוויר.

עם זאת, לדעתנו, בהעדר ההנמקה החלקית האמור כשלעצמו, אין כדי להביא לביטול ההכרזה, מה גם שהדיון שהתקיים בפני בית הדין הוא דיון מחדש De Novo (ראה פסק הדין בע"א 2247/95 בעניין **תנובה** וההחלטה בתיק הי"ע 9/97 **בזק בינלאומי בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, דינים-מחוזי, כרך לב(6) 678, שבמסגרתו הביאו הצדדים את ראיותיהם ונפרסו כל השיקולים הנוגעים להגדרת השוק). הואיל וסעיף 6(א) לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות) התשי"ט-1958, אינו חל על הכרזת הממונה, הרי שבהעדר הנמקה אין כדי להעביר על הממונה גם את נטל השכנוע.

40. התוצאה היא, שהעררים נדחים. העוררות ישלמו לממונה הוצאות ושכר טרחת עו"ד בתיק זה בסכום כולל של 50,000 ש"ח.

ניתן היום, ה' בתשרי תשס"ה (20 בספטמבר 2004), בהעדר הצדדים.

המזכירות תמציא העתק פסק הדין לב"כ הצדדים.

עו"ד י' קידר

חבר

פרופ' י' קנדל

חבר

י' עדיאל, שופט

אב בית הדין

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה