



רשות ההגבלים העסקיים

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

מתן פטור מאישור הסדר כובל

להסדר בין חברות הכבלים

1. פתח דבר

לפניי בקשה שהגישו מתב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ, מערכות תקשורת בכבלים חיפה – חדרה בע"מ, תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ (בהקפאת הליכים), גוונים טלוויזיה בכבלים בע"מ (בהקפאת הליכים), גוונים קריות טלוויזיה בכבלים (1989) בע"מ (בהקפאת הליכים), ערוצי זהב ושות', עידן מערכות כבלים בישראל בע"מ וט.ל.מ. טלוויזיה למנויים בע"מ (להלן במאוחד: "חברות הכבלים") למתן פטור מן החובה לקבל את אישור בית הדין להגבלים עסקיים לשיתוף פעולה ביניהן למשך שנה אחת או עד להשלמת הליכי המיזוג שבין הצדדים, לפי המוקדם, וזאת בהתאם לסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 (להלן: "החוק").

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, כמו גם את השפעתם האפשרית של אלה על התחרות בשוק הרלוונטי, ולאחר שנטלתי את עצתה של הועדה לפטורים ולמיזוגים, שוכנעתי כי בכפוף לעמידה בתנאים שהותנו על ידי במסגרת מזג 4474 ולתנאים שבסיפא להחלטתי זו – אין בכבילות לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק הרלבנטי וכי ראוי ההסדר לפטור לפי סעיף 14 לחוק לתקופה בת שנה.

2. ההסכם והרקע להסכם

ביום 22.04.02 ניתנה הסכמתי למיזוג מלא בין חברות הכבלים ולהפיכתן למעשה ליישות עסקית מהותית אחת¹. הסכמתי זו הותנתה בתנאים שונים, בהתאם לסמכותי הקבועה בסעיף 21(א) לחוק. תוקף אישור המיזוג הוגבל – כנהוג ברשות ההגבלים העסקיים – לתקופה של עד שנה מיום מתן האישור או עד להשלמת ביצוע העסקה, לפי המוקדם. על הסכמתי למיזוג שבתנאים זה, הוגש ערר על ידי חברת די.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ (להלן: "חברת הלוויין") ועל ידי בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: "בזק"), אשר משכה את עררה עוד טרם החל שלב שמיעת הראיות בתיק (עררים 7005, 7006/02). עררה של חברת הלוויין תלוי ועומד בפני בית הדין להגבלים עסקיים.

¹ הצדדים למיזוג זה הנם חברות הכבלים – המבקשות בבקשה שבפניי – ועמן מס' חברות נוספות: עזתמ 3 בע"מ, ידיעות תקשורת בע"מ, עזתמ 1 בע"מ, עזתמ 4 בע"מ, נכסי משפחת פישמן בע"מ, עזתמ 2 בע"מ, עידן מערכות כבלים ישראל (אחזקות) 1987 בע"מ, ערוצי אדום בע"מ, וישראלכבל בע"מ.

עם מתן אישור המיזוג החלו הצדדים לשתף פעולה ביניהם באספקטים שונים של פעילותם לקראת מיזוגם המלא. עם זאת וחרף נסיונותיהן, לא עלה בידי חברות הכבלים להשלים ולבצע את עסקת המיזוג ביניהן, בעיקר עקב סיבות רגולטוריות אשר אינן תלויות בהן. לאחר שלא עלה בידי החברות לממש את המיזוג בתום שנה ממועד אישורו, פנו אלינו החברות בבקשה להאריך את תוקפו למספר חודשים נוספים וכך עשיתי, לאחר שבחנתי את השינויים שחלו בשווקים מיום אישור המיזוג ונחה דעתי כי לא נפגעה התחרות כלל.

בנסיבות אלה פונים עתה הצדדים בבקשה למתן ארכה נוספת להשלמת המיזוג וכן בבקשה למתן פטור מן החובה לקבל את אישור בית הדין להגבלים עסקיים לשיתופי הפעולה ביניהם, היא בקשת הפטור שבפניי.

שיתוף הפעולה המתבקש על ידי חברות הכבלים כולל שיתוף פעולה בשידורי הטלוויזיה הרב ערוצים בכבלים בתחומי השיווק, ההפקה והרכש של תכנים וערוצים, מבצעי מכירות ויצירת מסך אחיד, וכן להקמתם ונתינתם של שירותי תקשורת פנים ארציים נייחים, לרבות, שירותי תשתית לאינטרנט בכבלים ושירותי טלפוניה נייחים, והכל בכפוף לתנאים שנקבעו במזג 4474 בהם מתחייבות החברות לעמוד גם בתקופת הפטור – אם יינתן.

3. ההסדר – הסדר כובל

נקודת המוצא לבקשה היא כי בהיעדר אישור הממונה למיזוג חברות הכבלים, היו עולים שיתופי הפעולה בין חברות הכבלים כדי "הסדר כובל" כמשמעו בסעיף 2 לחוק. ברם, עד כה לא נזקקו חברות הכבלים לאישור הסדר כובל או לפטור מקבלתו לצורך שיתוף הפעולה ביניהן, שכן שיתופי הפעולה נעשו כחלק מן הצעדים לקראת מיזוג מלא, כפי שזה אושר על ידי במסגרת מזג 4474. בנסיבות אלה לא נזקקו אפוא הצדדים לקבלת היתר (פטור או אישור) להסדר כובל, שהרי המרובה (המיזוג) כולל את המועט (שיתוף פעולה ארעי ומותחם).

עם זאת, בהתאם לתמונת המצב כפי שהיא מצטיירת כיום, מעיב על השלמת מזג 4474 ספק מסוים. מקורו העיקרי של ספק זה הוא במגבלה הנובעת ממערך הפיקוח על הבנקים. איני סבור שיש להרחיב לגבי מגבלה זו, שאיננה קשורה במישרין לדיני ההגבלים העסקיים. לענייננו, די בכך שהמפקח על הבנקים רואה קושי באישור עסקת המיזוג. קושי נוסף המכביד על השלמת המיזוג בין חברות הכבלים, אם כי אין הוא מהווה מכשלה בלתי עבירה, מצוי בהיותן של החברות תבל תשדורת בינלאומית בע"מ, גוונים טלוויזיה בכבלים בע"מ וגוונים-קריות טלוויזיה בכבלים (1989) בע"מ - בהקפאת הליכים (במסגרת תיק פש"ר 1361/02 בבית המשפט המחוזי בתל אביב – יפו)². עצם הימצאותן של חברות אלה בהקפאת הליכים אינה מונעת כשלעצמה את השלמת עסקת המיזוג, אולם בפן המסחרי של העסקה העיבו ההליכים המתוארים על יכולתם של הצדדים להתקדם נכוחה ובמהירות להשלמת המיזוג.

² קושי משני זה מלווה את הצדדים למיזוג החל ממועד אישור המיזוג ועד ליום זה.

לצד קשיים אלה יש לומר כי כלל לא ברור ואין כל ודאות שהמיזוג לא ייצא לפועל בעטיים. נראה אף כי הצדדים פועלים במשנה מרץ בכל האפיקים הרלבנטיים להסרת אבן הנגף שהתגלתה ובנסיון לשפר את הטעון שיפור לפי הנחיותיו של המפקח על הבנקים. הואיל ואין מדובר בהחלטה אקדמית אלא בענין מעשי שהסיכוי להיתכנותו אינו מבוטל – לא ראיתי מניעה לבחון תחרותית את הארכת אישור המיזוג.

ברם, לאור העובדה כי שיתופי הפעולה נמשכים במקרה זה תקופה ארוכה בהרבה מן המקובל ובהתחשב בכך כי עשויים הם להימשך עוד זמן לא מבוטל, סברתי כי ראוי הוא – ולו מטעמי זהירות – ששיתוף הפעולה בין חברות הכבלים ייבחן כהסדר כובל העומד על רגליו שלו. כך, תיבחן השאלה אם יש בקיום שיתופי הפעולה הללו, לתקופה של שנה, משום פגיעה של ממש בתחרות. ברקע הדברים, יש לזכור, כי אמת המידה המשפטית לבחינתם של הסדרים כובלים והתרתם היא, בנקודת המוצא, מחמירה יותר מאמת המידה להתרתם של מיזוגים.

4. התנאים למתן פטור

סמכותי למתן פטור להסדר כובל קבועה בסעיף 14(א) לחוק, ומותנית בהתקיימותם של שני תנאים מצטברים:

א. הכבילות שבהסדר אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, אין – אם הן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור – שאין בהן כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור;

ב. עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

בדיקת התקיימותם של תנאים אלה בנסיבות מקרה נתון כמו זה שבפני מחייבת בירור אופיה והיקפה של זיקת התחרות בין הצדדים; עוצמת התחרות הקיימת (אם קיימת) ביניהם; וקיומם של מקורות אלטרנטיביים לתחרות. כל אלה מחייבים התבוננות במאפייני הענף הרלבנטי והמתרחש בו באספקלריית תחרות.

5. החשש התחרותי

נקודת המוצא לבדיקתם של חששות לפגיעה בתחרות טמונה בהגדרתה ואפיונה של "זירת התחרות" – היא השוק הרלבנטי. הגדרת השוק מאפשרת מיפוי המתחרים וזיקות התחרות ביניהם. על יסוד מיפוי זה ניתן לאמוד את ההשלכה התחרותית של מיזוג או הסדר כובל.

הגדרת השוק הרלבנטי היא דו – פנית: הפן האחד הוא אפיונו של **המוצר** (או השירות) לגביו ניטשת התחרות – במקרה זה שירות טלוויזיה רב ערוצית למנויים; הפן השני הוא **האזור הגאוגרפי** בו ניטשת התחרות: שני ספקים של מוצרים תחליפיים ובני תחרות, עשויים שלא להתחרות כלל זה בזה בשל ריחוקם.

במקרה דנא חברות הכבלים מספקות מוצר זהה ולפיכך יש לראותן כמתחרות בהיבט שוק המוצר. ברם, כל אחת מהן פועלת באזור שונה ונפרד אשר בו ורק בו ניתן לה הזכיון להקים שירות טלוויזיה בכבלים ובו פרסה, בעלות משמעותית, את תשתית הכבלים המשמשת אותה. נמצא אפוא כי בהיבט הגאוגרפי אין חברות הכבלים מתחרות בפועל זו בזו כלפי הצופים – הצרכנים – שכן אזורי פעילותן תחומים ומוגדרים ואין כל חפיפה ביניהם. בכל אחד מאזורים אלה מתחרה חברת כבלים אחת בחברת הלווין וזוהי עיקרה של התחרות על ליבו וכיסו של הצופה.

ברם, בכך אין ללמד באופן קונקלוסיבי על העדר מוחלט של כל זיקה תחרותית בין חברות הכבלים. עדיין יש לבחון אם אין הן מתחרות פוטנציאליות ממשיות זו לזו, במובן זה שאם אחת מהן תעלה את מחירה למנוייה – ייכנסו השתיים האחרות או מי מהן לאזור פעולתה ויתחרו בה. בחינה כוללת ומקיפה של סוגיה זו נערכה בעת בחינתו של מיזוג חברות הכבלים – מזג 4474. ממצאיה לימדו כי הזיקה התחרותית בין חברות הכבלים היא קלושה כפונקציה של המבנה זכייני – טריטוריאלי בו נוצק הענף. ההשקעות הכבדות בתשתית ובהקמת תשתית נוספת; אילוצים טכנולוגיים; קשיים רגולטוריים הנובעים ממדיניות וכפיית החברות לפתוח את שערי התשתית שבעלותן זו בפני זו; ומבנה התמריצים של החברות לשאת בעלויות הכבדות הכרוכות בהרחבת תשתית או בתשלום הכרוך גם בפתיחה הדדית של אזורי הזכיון שלהן – כל אלה מגבשים תמונה ברורה בדבר העדר תחרות פוטנציאלית ברמה הנדרשת, על פי דין והלכה פסוקה לביסוסה של פגיעה תחרותית ממשית.

להיבטים אלה נזקקה גם עתה המחלקה הכלכלית ברשות ההגבלים העסקיים. ממצאי הבדיקה העדכנית הובילו לתוצאה זהה: אין בשיתוף הפעולה בין חברות הכבלים בכדי לפגוע בתחרות שבתחום השידורים הרב ערוציים על ליבם וכיסם של המנויים, שכן חברות הכבלים אינן מתחרות פוטנציאליות משמעותיות זו לזו. מסקנה זו שעמדה בבסיס אישור המיזוג באפריל 2002, לא השתנתה בתקופה שחלפה מאז. התחרות על כל מנוי הינה ותוסיף להיות תחרות בין שני שחקנים: חברת הכבלים הפועלת באותו איזור וחברת הלווין. מאז מועד אישור המיזוג התבססה חברת הלווין כמתחרה בחברות הכבלים. נכון להיום, כארבע שנים מאז עלייתה לשידור וכשנה וחצי ממועד אישור מיזוג חברות הכבלים, לחברת הלווין למעלה מ-400,000 מנויים – יותר מנויים מכלל אחת מחברות הכבלים.

פגיעה תחרותית אחרת שהיתה צפויה משיתוף פעולה בין חברות הכבלים הינה הפגיעה האפשרית במפיקי ערוצים עצמאיים המבקשים למכור לחברות הכבלים את ערוציהם. בקליפת האגוז, החשש הוא כי שיתוף הפעולה בין חברות הכבלים יקנה להן כח שוק כלפי מפיקים אלה. אם פועלת כל אחת מחברות הכבלים בנפרד – אזי פתוחה בפני מפיק ערוץ עצמאי האפשרות להציע את ערוצו לכל אחת מהן בנפרד. במצב בו פועלות החברות במשותף – קם חשש להפעלתו של כח שוק כלפי מפיקים אלה.

חשש זה מלווה את שיתופי הפעולה בין חברות הכבלים למן התהוותם בתקופת הקמתה וראשית פעילותה של חברת איי.סי.פי. המזור לו נמצא בדרך כלל בהטלת מגבלות שונות על חברות הכבלים שמטרתן הבטחת עצמאותם של מפיקי הערוצים. במקרה זה מוקהה החשש במידה רבה על ידי התנאים שהותנו על ידי במסגרת הסכמתי למזג 4474 ואשר בתקופת הפטור יהיה על חברות הכבלים לעמוד בהם במלואם.

כן מוקחה החשש האמור על ידי הגידול בכוחה ובהיקף מנוייה של חברת הלווין, המהווה רוכש אלטרנטיבי של ערוצים. חברת הלווין שואפת לבדל עצמה ולהציג מגוון ערוצים טוב ואיכותי מזה המוצע על ידי חברות הכבלים. אכן, החשש להפעלת כוח מסיבי מצד חברת הכבלים כלפי מפיקי הערוצים עמד במלוא חריפותו עת היתה חברת הלווין ינוקא, שלה אין די מנויים המצדיקים הפקת ערוצים בעבורה. כיום, שונה המצב.

לא זה המקום לפרט כל תנאי ותנאי שהותנה על ידי. התנאים מדברים בעד עצמם בהקשר זה, ובשלב זה מצויה בחינתם בפני בפני בית הדין להגבלים עסקיים במסגרת ה"ע 7006/02, 7005. על כן, לא ארחיב כאן בעניין זה, אלא אסתפק בהצבעה תמציתית על הראציונל שביסוד התנאים שהותנו על ידי במזג 4474 ואשר יוסיפו לחול בתקופת הפטור, וכיצד מקהים התנאים את החשש לפגיעה התחרותית:

□ פרק ד' לתנאי המיזוג קבע שורת תנאים שתכליתם להבטיח את עצמאות של מפיקי הערוצים, בכפוף לחריגים שעניינם הפקת ערוצים 3 ו-4, ורכישת תכנים לשידור תמורת תשלום נפרד בנוסף לחבילת הערוצים הבסיסית ולחבילות הערוצים בתשלום³ - כך שלא תהא לחברות הכבלים (או לחברה הממוזגת) כל זיקה שהיא לתכנים וערוצים. יש לציין, כי על חברות הכבלים הוטל במסגרת תנאי המיזוג לשנות גם הסכמים שהיו קיימים בין לבין מאן זהו ערב הטלת התנאים, המקימים זיקה כלשהי של חברות הכבלים לערוצים או לתוכן. במהלך השנה וחצי שחלפו תיקנו חברות הכבלים הסכמים כאמור, ואף מכרו אחזקות שונות שהיו להן במפיקי ערוצים⁴. בהעדר זיקה של חברות הכבלים לערוצים (למעט ערוצים 3 ו-4) – הוקחה החשש מהפעלת כח שוק כלפי מפיקים ערוצים עצמאיים.

□ פרקים א' וב' לתנאי הסכמתי למיזוג במסגרת מזג 4474 נועדו להבטיח מעבר חופשי של ערוצים עצמאיים על גבי תשתית הכבלים, ובכך להקטין את תלות מפיקי הערוצים בחברות הכבלים. בהתאם לתנאים אלה, יכול מפיק ערוץ לקבל גישה אל רשת הכבלים, ולהגיע בעצמו, ועל גבי רשת זו, לצרכן במישרין⁵. ביסודם של דברים ולעתיד לבוא, יש בקיום תנאים אלה לאפשר גישה (Open access) לאלה החפצים להעביר שידורים על גבי תשתית הכבלים⁶.

³ בשיטות PPV, VOD, NVOD.

⁴ יש לציין כי במסגרת האפשרות להביא להכרעת הממונה שאלות הקשורות בביצוע תנאי המיזוג, כמפורט בפרק ט' לתנאים – פנו חברות הכבלים בעניין הסכמים שונים שבינן לבין מפיקים שונים בשאלות הנוגעות לזיקה שהקימו הסכמים אלה. רשות ההגבלים העסקיים התוותה בפני חברות הכבלים את דרך הפעולה המבטיחה את ניתוק הזיקה שנוצרה בין חברות הכבלים לבין המפיקים. על פי המצגים שהוצגו לרשות וההסכמים שהועברו לבחינתה לא קיימת עוד לחברות הכבלים כל זיקה לערוצים או לתוכן. בעניין זה נותר ספח אחד בהסכם בין חברות הכבלים לבין חב' נגה. הסכם זה הועבר לאישורה של רשות ההגבלים העסקיים, וחברות הכבלים התחייבו לנהוג בהסכם זה בהתאם להנחיית הרשות.

⁵ פרק א' לתנאים קבע שורת תנאים שתכליתה הפרדת פעילות התשתית של הכבלים מפעילות השידורים. פרק ב' לתנאים קבע חיוב מכירת הגישה למקטעי הרשת השונים עבור מפיק ערוץ, כך שתתאפשר העברתו ישירות לצרכן.

⁶ ניצני צעדים במישור זה כבר נראים שעה שערון ההיסטוריה הישראלי זכה לקבל רשיון מיוחד כאמור. ראוי לציין בהקשר זה כי במרץ 2003 הוציאה המועצה לשידורי כבלים ולווין כללים למתן רשיון לבעל ערוץ מיוחד. הכללים מונעים, בשלב זה, מתן רשיון לערוצים העוסקים בספורט, סרטים וערוצי ילדים. בהחלטת המועצה מגבלות נוספות על בעל ערוץ מיוחד כגון מספר מקסימלי של ערוצים שהוא מורשה להחזיק. החלטת המועצה תוחמת את התחרות על גבי תשתית הכבלים לערוצים שאינם בז'נרים האמורים, ובכך מקטינה את מידת התחרות שיכלו מפיקים עצמאיים

מבדיקת הרשות עלה החשש למעקף של התנאים שכוונו במזג 4474 לשמירת עצמאותם של מפיקי ערוץ, בכל הנוגע למיתוגם ושיווקם. בנוסף התברר כי האחדת רכש הערוצים, מעלה חשש ל"פתיחת" הסכמים קיימים בין חברות הכבלים למי מבין מפיקי הערוצים, והרעת תנאי ההתקשרות כפועל יוצא של שיתוף הפעולה.

לפיכך מצאתי לנכון להוסיף שני תנאים אשר יש בהם לסכל מעקף של תנאי מזג 4474 בהיבט זה: **הראשון** – תנאי האוסר על חברות הכבלים לספק, במישרין או בעקיפין, שירותים כלשהם הקשורים לאופן מיצובו של ועיצובו של הערוץ, אלא לאחר קבלת אישורי; **השני**, הינו תנאי האוסר על חברות הכבלים לשנות לרעה את התנאים הקבועים בחוזים קיימים בין מי מחברות הכבלים לבין מפיק הערוץ. על רקע נתונים מצטברים אלה ברור, כי פעילות משותפת בהתאם לתנאי המיזוג אינה יוצרת פגיעה תחרותית של ממש.

מסקנה זו מקבלת משנה תוקף לאור משך הפטור והיקפו: כפי שיובהר להלן, פטור זה ניתן למשך שנה מיום נתינתו, ומתוך תקווה כי עד לחלוף השנה תשלמנה חברות הכבלים את המיזוג. ואולם, במצב שבו לא ייצא לפועל המיזוג בסופו של יום תצטרכנה חברות הכבלים לחדול מכל שיתוף פעולה ביניהן בעוד שנה. משך הזמן של שנה בשוק זה, שבו העסקאות נקשרות על פי רוב למשכי זמן ארוכים, הינו פרק זמן קצר, אשר יש בו להקהות חשש אפשרי מפני פגיעה תחרותית מהותית וארוכת טווח הנובעת משיתוף הפעולה בין חברות הכבלים (הגם שפשרה של זו לא לובן על ידי מי מהטוענים בפני). בהקשר זה אזכיר את הברור מאליו: כל שיתוף פעולה הנעשה במסגרת של פטור חייב להיות כזה המוגבל לתקופת הפטור. הפטור ניתן לתקופה של שנה בלבד תוך התנייה מרכזית, לפיה חברות הכבלים לא יבצעו צעדים בלתי הפיכים וישמרו, כל אחת, על **שדרתן העצמאית** כמשדרות וכרוכשות תוכן, הכל למקרה שמיזוג לא יתבצע.

בשולי הדברים יצוין, כי העובדה ששיתוף הפעולה המבוקש אינו כולל העברת נכסים או איחודם של נכסים או מערכי שידור פיסיים – תאפשר הפסקתו המוחלטת של שיתוף הפעולה בין הצדדים, בעת הצורך.

בנסיבות אלה אני מוצא כי אין בכבילות לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשווקים הרלבנטיים. על כן אני סבור כי יש ליתן לצדדים להסדר את הפטור המבוקש לתקופה בת שנה.

6. התועלות התחרותיות שבהסדר

שיתוף הפעולה בין חברות הכבלים אינו מותחם לענף שידורי הטלוויזיה הרב ערוציים למנויים. הוא משתרע גם על שוק בו קיים מונופולין כיום – ענף הטלפוניה הנייחת. בהקשר זה יש לציין, הגם שמעבר לדרוש כי ההסדר טומן בחובו שיתוף הפעולה גם תועלות תחרותיות משמעותיות:

במסגרת התנאים שהתנתי במזג 4474 ובהחלטות להארכת אישורו, מחויבת חברת הכבלים הממוזגת למתן שירותי טלפוניה על פי לוח זמנים הקבוע בתנאים. שירותי טלפוניה אלה יתחרו בשירותי הטלפוניה הפנים ארציים הניתנים כיום רק על ידי בזק. לצורך זה, יש הכרח ברשת כבלים אחידה ותואמת של כל החברות. תנאי זה יכול להתקיים רק אם יתאפשר שיתוף הפעולה

להוות לכבלים, בז'נרים אלה. יחד עם זאת ראוי לציין כי בכוננת משרד התקשורת לבחון החלטה זו מחדש בסוף השנה.

בין הצדדים כבר כעת. בהקשר זה אציין, כי לאחרונה העניק משרד התקשורת לחברות הכבלים רשיון למתן שירותי מפעיל פנים ארצי. שירות זה יינתן באמצעות שותפות מוגבלת שהקימו חברות הכבלים שייעודה מתן שירותי טלפוניה אשר התחייבה להשקיע סכום שלא יפחת מ-350 מיליון ₪ בהיערכות למתן שירותי טלפוניה בלבד, מהם 105 מיליון ₪ יושקעו עד יום 31 ביוני 2004.⁷

7. טענותיהם של חברת הלווין ושל אשכולות

חברת הלווין הביעה בפני התנגדות נחרצת לשיתוף הפעולה בין מתחרותיה. התנגדותה זו נמשכת עוד זמן למן אישור המיזוג, עת טענה כי איחוד פעילותן של שלוש החברות מולה – יקיץ את הקץ על זכות קיומה ופעילותה. טענותיה אלה של חברת הלווין נדונות ברובן בבית הדין במסגרת הערר שהגישה על החלטתי דאז לאשר את המיזוג. בפועל, חזינו בתחרות חריפה בין הכבלים ללווין ובתנאים אלה הפכה חברת הלווין אט אט לחברה הגדולה מבין המשדרים הרב ערוציים. בכך הופרכה טענתה של החברה בדבר האימפקט התחרותי ההרסני שיהא לאיחוד פעילותן של חברות הכבלים – מולה.

גם הפעם לא מצאתי בטענותיה של חברת הלווין ממש. אין בפיה של החברה כל טענה ממשית של שינוי בנסיבות מאז ניתן אישורי למיזוג חברות הכבלים, וברי כי שינוי הנסיבות האמיתי שחל הוא התבססותה כמתחרה אפקטיבית לחברות הכבלים. דומה כי בהקשר זה יפים דבריו של בית הדין להגבלים עסקיים בתיק ה"ע 466/95:

"אחת הדרכים למנוע ממתחרים להתייעל ולשפר את מוצריהם היא על ידי שימוש מוטעה בדיני ההגבלים העסקיים, אשר במקום להגן כל התחרות מנוצלים בידי מתחרים כדי להגן על עצמם מפני תחרות"⁸

גם אשכולות – החברה לזכויות מבצעים של אמני ישראל בע"מ (להלן: "אשכולות") הביעה בפני את התנגדותה לשיתוף הפעולה בין חברות הכבלים. הטעמים העיקריים העומדים בבסיס התנגדותה של אשכולות הם כי החל מחודש פברואר 2003 משדרות חברות הכבלים שידורים אשר יש בהם שימוש בזכויות המבצעים של האמנים והמבצעים בישראל (זכויות המוחזקות בידי אשכולות) וזאת בהיעדר הרשאה או הסכמה לכך מאשכולות וללא שהן משלמות תמלוגים כלשהם בגין שידור הביצועים המוגנים; עוד טוענת אשכולות כי חברות הכבלים מהוות מונופסון ברכישת זכויות מבצעים; ולבסוף מתריעה אשכולות כי ההסדר הכובל יחריף את הריכוזיות בשוק התקשורת כתוצאה מקשרי הבעלות הצולבת אותן מקיימות חברות הכבלים עם גופי תקשורת רבים ומרכזיים אחרים במדינת ישראל, לרבות חלק מהעיתונים היומיים.

אין בידי לקבל טענות אלה אשר רובן ככולן נטענו בכלליות, ללא תשתית עובדתית וכלכלית סדורה ומפורטת. למעלה מן הדרוש אציין כי לאור מספרם הרב של הגופים השונים אשר נזקקים

⁷ ר' סעיף 4 לפרק ח' לתנאי מזג 4474 על הארכותיו, סעיף 11 להסכם ייסוד השותף הכללי בשותפות המוגבלת מיום 28.10.03, וסעיף 11 להסכם ייסוד השותפות המוגבלת מיום 30.10.03.

⁸ ה"ע 466/95 עידן חברה לכבלים בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, 1996 הגבלים עסקיים 3006662, בטקסט הנלווה לסעיף 10 להחלטה.

לרשימות שימוש בזכויות המצבעים של האמנים והמבצעים (ובניהם גופי שידור בטלוויזיה, רדיו ואינטרנט, מסעדות בתי קפה ועוד) דומה כי אין חברות הכבלים מהוות מונופסון בשוקי השימוש בזכויות מבצעים למיניהם. אשר לטענתה של אשכולות בדבר אי התשלום על ידי חברות הכבלים בגין זכויות מבצעים, אוסיף כי ספק רב בעיני אם אי תשלום תמלוגים עבור שימוש ביצירות מוסיקליות מהווה ניצול מעמד לרעה של מונופסון בהעדר הקשר של פגיעה תחרותית ברורה.

גם הטענה בדבר הפגיעה העולה משיתוף הפעולה בהקשר של בעלויות צולבות נראית בעיני כתלושה מכל הקשר קונקרטי העולה במקרה זה. ראשית, הפיקוח על בעלויות צולבות בשוקי התקשורת למיניהם מסור בידי המחוקק הפועל להפגת הבעייתיות הנחזית בתחום זה;⁹ שנית, אין בהחרפת הריכוזיות **הקונגלומרטית** ב"שוק התקשורת", להבדיל מהחרפת הריכוזיות **בשוק מוצר רלבנטי** כמשמעו בדיני ההגבלים העסקיים) בכדי לבסס הפרה של דיני ההגבלים העסקיים כל עוד אין עולה ממנו צל של פגיעה תחרותית אפשרית, על רקע של תחרות פוטנציאלית או כוח שוק מצרפי באשכול של שווקים; לבסוף, העלאת טענה זו של בעלויות צולבות בקונטקסט הנוכחי נראית כבלתי רלבנטית במיוחד: דווקא טרם שיתוף הפעולה בין חברות הכבלים היה משקלו של כל אחד מבעלי העיתונים בחברות הכבלים הנפרדות – נכבד באופן משמעותי מאשר משקלו הסגולי בקרב כלל בעלי המניות בכלל חברות הכבלים באופן מצרפי, הרלבנטיים בהקשר של שיתוף הפעולה בין החברות.

8. סוף דבר

לאחר שנועצתי בועדה לפטורים ומיזוגים, ראיתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ולהעניק למבקשות את הפטור המבוקש לגבי שיתוף פעולה בשידורי הטלוויזיה הרב ערוציים בכבלים בתחום השידור, ההפקה והרכש של תכנים וערוצים, מבצעי מכירות מסך אחיד וכן להקמתם ונתינתם של שירותי תקשורת פנים ארציים נייחים, לרבות, שירותי תשתית לאינטרנט בכבלים ושירותי טלפוניה נייחים, והכל בכפוף לתנאים שלהלן, ולאלה שנקבעו במזג 4474 על הארכותיו השונות:

1. הפטור ניתן לתקופה של שנה אחת, עד ליום 15 בדצמבר 2004. היה וחברות הכבלים לא תבצענה, כולן או מי מהן, את מזג 4474 על תנאיו – יסיימו חברות הכבלים באופן מיידי כל שיתוף פעולה ביניהן עם תום תקופת הפטור.
2. חברות הכבלים לא יבצעו כל צעד בלתי הפיך אשר ימנע ממי מהן פעולה עצמאית ונפרדת, אם לא יבוצע מזג 4474. מבלי לגרוע מן האמור, חברות הכבלים לא יבצעו עד ליום 15 בדצמבר 2004, כל שיתוף פעולה ביניהן שאינו רברסיבילי.
3. התנאים שהותנו על ידי כתנאי להסכמתי למזג 4474, לרבות כל התנאים שהותנו במסגרת החלטותי בדבר הארכת אישורו (לרבות החלטתי האחרונה מיום 15.12.2003) – יחולו במלואם על שיתוף הפעולה במסגרת פטור זה. תנאים אלה מהווים חלק אינטגרלי מתנאי

⁹ כך למשל בתיקונים האחרונים שהוכנסו **בחוק הרשות השנייה** נקבע כי בעל עיתון שלו החזקות גם בבעל רשיון לשידורי כבלים וגם בבעל זכיון לשידורים בערוץ השני יהיה חייב עד למועד נקוב למכור את החזקותיו באחד מ"במות" אלה.

פטור זה, ומילויים הקפדני במועדים שנקבעו במסגרת מזג 4474, ובהחלטות להארכת אישורו, הינו תנאי לקיומו של פטור זה. לא התקיים תנאי מתנאי הפטור – יפקע הפטור.

4. תנאי מוקדם לכניסתו של פטור זה לתוקף הוא קבלת אישור הממונה, בהתאם לסעיף זה, כי הערבות הבנקאית שנמסרה לרשות ההגבלים העסקיים במסגרת התנאי השישי שבפרק ט' לתנאי מזג 4474 תוחלף, עד לא יאוחר מיום 1 בינואר 2004, בערבות בנקאית חדשה שמועד תפוגתה הוא 31 בדצמבר 2007 בנוסח המתאים להבטחת קיום תנאי מזג 4474 על הארכותיו ותנאי הפטור הניתן בזה.

5. בתקופת פטור זה לא ישונו לרעה התנאים הקבועים בחוזה קיים בין מפיק ערוץ לבין מי מחברות הכבלים, עם או בקשר לסיום חוזה אחר של אותו מפיק ערוץ עם מי מחברות הכבלים האחרות.

6. אי קיומו המלא של תנאי מתנאי המיזוג או מתנאי פטור זה יגרום לפקיעת הפטור.

7. התעורר ספק בנוגע לתנאים אלה, תחולתם, פירושם, התקיימות תנאי, או התעורר ספק בנוגע ליישומם או לדרך יישומם – יכריע הממונה בדבר, לאחר ששמע את הצדדים הנוגעים בדבר.

בהתאם לסעיף 15(א) לחוק ההגבלים העסקיים נתונה החלטתי זו לערר בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל עליו ניתן הפטור.

דרור שטרום

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"ב כסלו תשס"ד

17 דצמבר 2003