



## נימוקי התנגדות הממונה על הגבלים עסקיים

### למיזוג בין סלקום ישראל בע"מ לבין גולן טלקום בע"מ

#### 1. מבוא

ביום 24.11.15 הונחו בפני רשות הגבלים עסקיים (להלן: "הרשות") הודעות מיזוג מטעם סלקום ישראל בע"מ (להלן: "סלקום"), ומטעם גולן טלקום בע"מ (להלן: "גולן" ולהלן ביחד: "הצדדים") בגין הסכם מיום 4.11.15 במסגרתו תרכוש סלקום את מלוא הון מניותיה של גולן (להלן: "הסכם המיזוג").

ענייננו במיזוג אופקי בין שתי חברות הפועלות בענף אספקת שירותי תקשורת ניידת (סלולר). גולן היא מחוללת תחרות (Maverick). כפי שיוסבר בהמשך, נוכח מאפייני הענף, גריעתה מהשוק של מחוללת התחרות, קרי גולן, מעוררת חשש סביר ליצירת כוח שוק מתואם בין החברות הפועלות בענף וכן ליצירת כוח שוק חד-צדדי לחברה הממוזגת.

לאור זאת, ובהתאם לסמכותי על-פי סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק") הודעתי לצדדים ביום 12.4.16 על החלטתי להתנגד למיזוג. להלן נימוקי ההתנגדות.

#### 2. הצדדים למיזוג

**סלקום** היא חברה ציבורית שמניותיה נסחרות בבורסות לניירות ערך בתל אביב ובניו יורק ונמצאת בשליטה עקיפה של מר אדוארדו אלשטיין.<sup>1</sup> סלקום היא חברה המספקת, בעצמה ובאמצעות תאגידים בשליטתה, מגוון רחב של שירותי תקשורת בהם שירותי תקשורת ניידת (סלולר), שירותי גישה לרשת האינטרנט (ISP), תשתית אינטרנט במסגרת "השוק הסיטונאי", שירותי טלוויזיה, שירותי טלפוניה ניחת ושירותי טלפוניה בינלאומית.

**גולן** היא חברה פרטית בבעלות ה"ה מיכאל גולן (כ-45%), קסבייה ניאל (30%), האחים פטריק וג'רארד פריינטה (20%), ומר דוד גולן (כ-5%). גולן מספקת שירותי תקשורת ניידת ושירותי טלפוניה בינלאומית (באמצעות חברת גולן טלקום בינלאומי בע"מ שבבעלותה). נוסף על האמור לעיל גולן הביעה בעבר כוונה לפעול גם בתחום שידורי הטלוויזיה ולמכור חבילות הכוללות שירותי תקשורת נוספים.

#### 3. השוק הרלוונטי ומאפייניו

סעיף 21(א) לחוק קובע כי על הממונה להתנגד למיזוג חברות או להתנותו בתנאים, אם לדעתו קיים חשש סביר, כי כתוצאה מן המיזוג תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או שייפגע הציבור. המתודולוגיה המקובלת לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים ובחינת השפעתם על

---

<sup>1</sup> באמצעות מספר חברות שבשליטתו.

התחרות מפורטת בהרחבה בגילוי דעת 1/11 (להלן: "הנחיות המיזוגים")<sup>2</sup>, שם הותוו השיקולים לבחינת השלכותיו של מיזוג בין מתחרים על התחרות ועל טובת הציבור וכן נקבע האופן בו נבחן קיומו של חשש לפגיעה בתחרות.

### 3.1. השוק הרלוונטי למיזוג

הענף המרכזי הנוגע למיזוג זה הוא מתן שירותי תקשורת ניידת בישראל.<sup>3</sup> שירותים אלו כוללים עריכת שיחות קוליות, שליחת מסרונים (SMS), גלישה ברשת האינטרנט ושימוש ביישומונים (אפליקציות) במכשיר הטלפון הנייד.

שירותי התקשורת הניידת בישראל ניתנים באמצעות רשתות תקשורת מדורות שונים: שירותי הדור השני המאפשרים לערוך שיחות ולשלוח מסרונים בלבד; שירותי הדור השלישי המאפשרים בנוסף גם גלישה ברשת האינטרנט; ושירותי הדור הרביעי (המכונה גם LTE-Long Term Evolution) המאפשרים, באופן חלקי בעת הזאת, גלישה באינטרנט בקצב מהיר יותר.

שירותי תקשורת ניידת משווקים לשני סוגי לקוחות: פרטיים ועסקיים.<sup>4</sup> הניתוח המובא בהחלטה זאת נערך תוך התמקדות בהשפעת המיזוג על מגזר הלקוחות הפרטיים וזאת ממספר טעמים מרכזיים. ראשית, לקוחות פרטיים המבקשים לרכוש שירותי תקשורת ניידת חייבים להתקשר במתכונת התקשורת המיועדת להם וזאת נוכח מגבלות רגולטוריות.<sup>5</sup> בשונה מכך, מגזר הלקוחות העסקיים מתאפיין בכך שלקוחותיו יכולים לבחור, האם ברצונם להתקשר עם המפעילים הסלולריים כלקוחות פרטיים או כלקוחות עסקיים. כמו כן קיימים הבדלים מסוימים בסוג השירותים הנחוצים ללקוחות אלה. לאור העובדה שמגזר הלקוחות הפרטיים הוא גדול יותר בהשוואה למגזר הלקוחות העסקיים ומשכך משמעותו לניתוח השפעות המיזוג היא חשובה יותר, מתמקדת החלטה זאת במגזר הלקוחות הפרטיים ולא בלקוחות העסקיים. עם זאת מכיוון שהחברות הפעילות במגזר הלקוחות העסקיים פעילות גם במגזר הלקוחות הפרטיים, סביר כי הניתוח התחרותי שנערך ביחס למגזר הלקוחות הפרטיים משליך גם על מגזר הלקוחות העסקיים.

בנוסף על ההבחנה בין לקוחות פרטיים ועסקיים, מתן שירותי תקשורת ניידת ללקוחות פרטיים מתבצע בשני אופני תשלום: מסלול של תשלום לאחר השימוש (Post-Paid), בו משלמים מנויים באמצעות חיוב כרטיס האשראי או בהוראת קבע; ומסלול התשלום מראש (Pre-Paid), בו משלמים הצרכנים עבור השירות לפני צריכתו. ההבדלים מנקודת המבט של הצרכן בין המסלולים

<sup>2</sup> גילוי דעת 1/11 בעניין הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים, (23.1.2011) הגבלים עסקיים 5001710.

<sup>3</sup> שני תחומים נוספים הנוגעים למיזוג הם תחום השיחות הבינלאומיות ותחום שידורי הטלוויזיה. בחינה של תחומים אלה העלתה שהמיזוג אינו מעורר חשש סביר לפגיעה בתחרות בכל הנוגע אליהם ולפיכך נימוקי התנגדות אלה לא יעסקו בתחומי השיחות הבינלאומיות ושידורי הטלוויזיה.

<sup>4</sup> לקוחות עסקיים הם תאגידים, עוסקים מורשים, גופים ממשלתיים וגופים שהוקמו בחוק. לקוחות פרטיים הם לקוחות שאינם עסקיים.

<sup>5</sup> ראו הגדרת "מנוי עסקי" ברשיון כללי לסלקום ישראל בע"מ למתן שירותי רדיו טלפון נייד בשיטה התאית (רט"ן) באתר משרד התקשורת [http://www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/5/625.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/5/625.pdf).



באים לידי ביטוי במספר מישורים. במישור אחד, חלק גדול מההצעות במסלולי התשלום מראש נקובות במחיר המבוסס על היקף השימוש של הלקוח לעומת מסלולי התשלום לאחר שימוש המבוססים על חבילות ללא הגבלה. במישור שני מתבטאים ההבדלים בפערי מחיר משמעותיים בין ההצעות המוצעות בשני המסלולים. במישור שלישי, שימוש במסלול תשלום מראש כרוך בחוסר נוחות הנובע מהצורך להטעין את המכשיר הנייד בסכום כסף מידי תקופה. לכן, מסלול תשלום מראש מיועד בעיקר למנויים נטולי חשבון בנק וכרטיסי אשראי (כדוגמת מעוטי יכולת, עובדים זרים, תיירים וכו'). נוכח פערי המחירים ותנאי התשלום השונים בין מסלולי תשלום לאחר שימוש (Post-paid) לבין מסלולי תשלום מראש (Pre-paid) לא מתקיימת ביניהם תחליפות מספקת. עם זאת וחרף קיומם של הבדלים בין שני המסלולים, הניתוח שיובא להלן משליך גם על אופן הניתוח של מסלולי תשלום מראש.

על כן, השוק המרכזי בו עוסקת החלטתי זאת, הוא שוק התקשורת הניידת למנויים פרטיים המשלמים לאחר השימוש (להלן: "השוק הרלוונטי").

### 3.2. המתחרים בשוק – מפעילות המספקות שירותי תקשורת ניידת

בישראל פועלות חמש חברות בעלות רישיון כללי למתן שירותי תקשורת ניידת (להלן: "רישיון רט"ן"<sup>6</sup>): סלקום, פלאפון תקשורת בע"מ<sup>7</sup> (להלן: "פלאפון"), פרטנר תקשורת בע"מ<sup>8</sup> (להלן: "פרטנר" ולהלן ביחד: "המפעילות הוותיקות"), הוט מובייל בע"מ<sup>9</sup> (להלן: "הוט מובייל") וגולן. חברות אלו מחזיקות במקביל לרישיון הרט"ן גם בזכות לשימוש בתדרים שהוקצו להן ואשר מאפשרים מתן שירותי תקשורת ניידת. על פי תנאי רישיון מחויבות החברות הללו לפרוס רשת רט"ן כלל ארצית ולפיכך נחשבות לחברות בעלות תשתית. מפעילות אלה מכונות בעגה המקצועית Mobile Network Operator - MNO (להלן: "מפעילות בעלות תשתית"). חלק מהמפעילות בעלות התשתית פועלות באמצעות מספר מותגים המופעלים על ידן. פלאפון מפעילה את המותגים "וואלה! mobile" ו"Youphone" (יופון) ופרטנר את המותג "012mobile".

בנוסף, בישראל פועלות מספר מצומצם של ספקיות שירותי רט"ן וירטואלי, קרי על גבי רשת שאינה שייכת להן. מפעילות אלו מכונות בעגה המקצועית Mobile Virtual Network - MVNO Operator. ספקיות אלה פועלות בהתאם לרישיון לאספקת שירותי רט"ן ברשת אחרת (להלן: "מפעילות וירטואליות"). מפעילות וירטואליות ומפעילות בעלות תשתית יכונן להלן ביחד: "מפעילות תקשורת ניידת". חברות אלה הן רמי לוי שיווק השקמה תקשורת בע"מ (להלן: "רמי לוי"), טלזר תקשורת בע"מ וסלקט תקשורת בע"מ.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> רדיו טלפון נייד.

<sup>7</sup> בבעלות בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ הנשלטת בעקיפין על ידי מר שאול אלוביץ.

<sup>8</sup> הנשלטת בעקיפין על ידי מר חיים סבן.

<sup>9</sup> בבעלות הוט מערכות תקשורת בע"מ הנשלטת בעקיפין על ידי מר פטריק דרהי.

<sup>10</sup> הוט סלולר בע"מ שפועלת אף היא כמפעילה וירטואלית נמצאת בהליכי רכישה על ידי סלקום.

כפי שיפורט בהמשך, מפעילות וירטואליות הן מתחרות המוגבלת ביכולתן לרסן את המפעילות בעלות התשתית מלהפעיל כוח שוק.

### 3.3. נתחי השוק

בישראל כ-5.5 מיליון צרכנים של שירותי תקשורת ניידת בשוק הרלוונטי. בחינה של נתחי השוק מעלה, כי המיזוג בין סלקום וגולן ייצור לפירמה הממוזגת את נתח השוק הגדול ביותר (40-50%) במונחי מספר מנויים ו-30-40% במונחי הכנסות.<sup>11</sup> נתח השוק המצרפי של שלוש החברות הוותיקות (CR3) לאחר המיזוג יהיה 80% במונחי מספר מנויים ו-90% במונחי הכנסות.

## 4. שינויים ומגמות בענף התקשורת הניידת בישראל

שירותי תקשורת ניידת בישראל ניתנים מאז שנת 1986. מאז שנת 1999 ועד שנת 2011 פעלו בענף התקשורת הניידת בישראל שלושה שחקנים מרכזיים – פלאפון, סלקום ופרטנר שנתח השוק המצרפי שלהן בשנת 2011 עמד על כ-95% מהענף וחלקה של כל אחת מהן בהיקפי הפעילות היה דומה.<sup>12</sup>

כפי שיפורט בהמשך, בתקופה זאת, התאפיין הענף במספר מועט של מתחרים, בריכוזיות גבוהה ובחסמי מעבר גבוהים. חסמי המעבר הגבוהים כללו, בין היתר, הסכמים שהגבילו את יכולתם של המנויים לעבור בין החברות עקב הצורך בתשלום קנסות והעדר יכולת לשמור על מספר הטלפון הקודם בעת מעבר בין החברות. בנוסף התאפיין הענף בגביית תשלום בעד דקות שיחה ויחידות טקסט וגלישה באינטרנט בשילובים שונים, וזאת בנוסף לדמי השימוש הקבועים. צורת התמחור הקשתה על היכולת של המנויים לבצע השוואת מחירים בין המפעילות השונות.

בשנים 2007-2012 פעל משרד התקשורת (להלן: "המשרד") להגברת התחרות בדרכים שונות ובהן: חיוב מפעילות הטלפוניה הניידת לאפשר למנויים לנייד מספרים במעבר בין המפעילות,<sup>13</sup> חיוב המפעילות לנתק כל זיקה בין מכירת ציוד קצה (טלפונים ניידים) לבין התנאים בהם שירותי התקשורת נרכשים מהן,<sup>14</sup> הפחתת תעריפי קישור הגומלין,<sup>15</sup> מתן אפשרות למפעילות

<sup>11</sup> נתחי השוק חושבו על בסיס נתוני המפעילות והם מובאים בטווח רלוונטי בלבד על מנת להמנע מחשיפת סודות מסחריים.

<sup>12</sup> הרן לבאות ועדי קאהן-גונן (אגף כלכלה ותקציב, משרד התקשורת), **חוות דעת כלכלית בעניין שיתוף רשתות הרדיו בשוק הרט"ן בישראל**, עמ' 6 (2014) (להלן: "חוות דעת משרד התקשורת בעניין שיתוף רשתות") [http://www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/2/3552.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/2/3552.pdf)

<sup>13</sup> משרד התקשורת "ניידות המספרים יוצאת לדרך: מהיום כל צרכן טלפוניה בישראל יוכל לעבור מחברה לחברה – בנייה או בנייד – ולהישאר עם אותו המספר כולל הקידומת" (2007) [http://www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/2/1272.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/2/1272.pdf)

<sup>14</sup> משרד התקשורת החליטה בנושא ניתוק הזיקה בין עסקת רכישת ציוד קצה ובין מתן הטבות (2009) – קצה ובין מתן הטבות – הבהרות (2012) [http://www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/6/1746.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/6/1746.pdf); משרד התקשורת ניתוק הזיקה בין עסקת רכישת ציוד קצה ובין מתן הטבות – הבהרות (2012) [http://www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/7/2807.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/7/2807.pdf)

<sup>15</sup> משרד התקשורת תעריפי קישור גומלין לרשת רט"ן – תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (תשלומים בעד קישור גומלין) (תיקון מס' 5), התש"ע-2010 (2010) [http://www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/9/2279.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/9/2279.pdf)



הווירטואליות לפעול על גבי רשת של מפעילה בעלת תשתית,<sup>16</sup> קיצור תקופות ההתחייבות של המנויים וביטול האפשרות לגבות קנסות או החזרים ממנויים שבקשו לעזוב מפעילה<sup>17</sup> ועוד.

במהלך החשוב והמשמעותי מכולם נקט משרד התקשורת בשנת 2010, עת פרסם המשרד מכרז להענקת רישיון רט"ן חדש ולהרחבת רישיון קיים (להלן: "מכרז הדור השלישי"). במכרז שנערך בשנת 2011 זכו הוט מובייל<sup>18</sup> וגולן. במסגרת המכרז הוקצתה לכל אחת מהן רצועת תדרים המאפשרת מתן שירותי תקשורת ניידת בדור השלישי. מכרז הדור השלישי עוצב כך שהחברות העמידו ערביות בגובה של מאות מיליוני שקלים חדשים שהושבו להן באופן הדרגתי בכפוף להגעתן לנתחי שוק מסוימים.<sup>19</sup> על מנת להקל על חדירתן לשוק, נקבע כי הוט מובייל וגולן יוכלו לרכוש שירותי נדידה פנים ארצית מהמפעילות הוותיקות וכך יוכלו להעניק שירותים לציבור עוד בטרם ישלימו פריסה של רשת רט"ן ארצית.<sup>20</sup> בהתאם לכך, באוקטובר 2011 נחתם הסכם לנדידה פנים ארצית בין גולן לבין סלקום.<sup>21</sup>

הוט מובייל וגולן החלו לפעול בחודש מאי 2012 כאשר זמן קצר לפני כן, החל מסוף שנת 2011, החלו לפעול בשוק באופן מצומצם יחסית גם מפעילות וירטואליות כדוגמת רמי לוי.

הצעדים שתוארו לעיל הביאו עמם ירידה חדה במחירי שירותי התקשורת הניידת, שינוי בצורת התמחור שהייתה נפוצה עד אז וגידול בשיעור המעבר בין המפעילות השונות

### השינוי בהכנסה הממוצעת ממנוי

בחינת השינויים בהכנסה הממוצעת ממנוי (ARPU – Average Revenue Per User) לחודש משקפת את השינוי במחירים שגבו המפעילות ממנויים.

בדיקה של נתונים העלתה שבין השנים 2008 ו-2015 חלה ירידה של למעלה מ-40% בהכנסה הממוצעת ממנוי של המפעילות הוותיקות, כאשר עיקר ירידה זאת התרחשה לאחר כניסתן לשוק של גולן והוט מובייל בשנת 2012. במקביל לירידת ההכנסה הממוצעת, חלה באותן שנים עליה ניכרת בהיקפי השימוש בדקות שיחה ובנפח גלישה שביצעו לקוחות. דהיינו ירידת המחיר האפקטיבי הייתה גדולה אף יותר.

<sup>16</sup> סעי' 55 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009.

<sup>17</sup> חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 53), התשע"ב-2012.

<sup>18</sup> באותה עת נקראה מירס תקשורת בע"מ והפעילה רשת רט"ן בטכנולוגיה הנקראת iDEN.

<sup>19</sup> משרד התקשורת מכרז מס' 12/2010 רישיון משולב למתן שירותי רדיו טלפון נייד בשיטה התאית (רט"ן) בישראל, ס' 54 (2010), [http://www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/8/2298.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/8/2298.pdf); וכן משרד התקשורת טיוטת רישיון כללי למתן שירותי רדיו טלפון נייד בשיטה התאית (רט"ן), נספח ח' (2010) [http://www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/7/2297.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/7/2297.pdf).

<sup>20</sup> חוק המדיניות הכלכלית לשנים 2011 ו-2012 (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011, פרק ב'; החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין מירס תקשורת בע"מ ופלאפון תקשורת בע"מ (21.3.2012) **הגבלים עסקיים** 5001926.

<sup>21</sup> להסכם האמור ניתן פטור מאישור בית הדין. ר' החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסכם בין גולן טלקום בע"מ וסלקום ישראל בע"מ (16.9.2013) **הגבלים עסקיים** 500470.

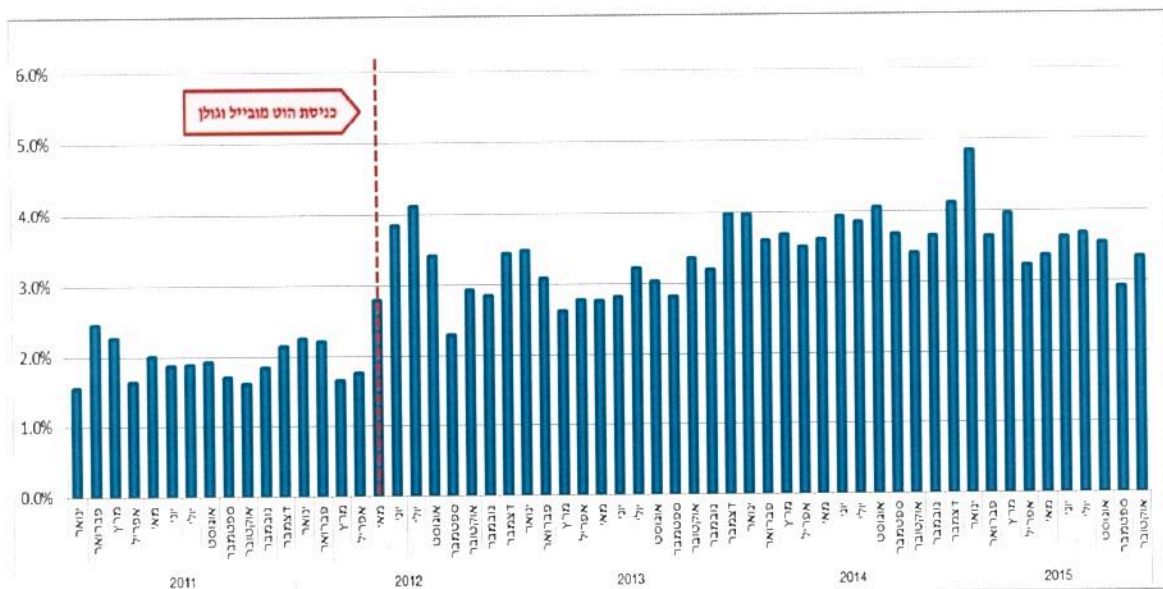
### שינוי צורת התמחור

שינוי נוסף שהתרחש בסמוך לכניסת הוט מובייל וגולן עניינו בשיווק של חבילות הכוללות שיחות, גלישה באינטרנט ומסרונים במחיר קבוע, ללא הגבלה, ובמסלולים פשוטים להבנה. כניסתן של גולן והוט מובייל לשיווק חבילות במחיר קבוע וללא הגבלה גרר את שאר המפעילות להציע חבילות דומות. שינוי צורת התמחור הקל על הצרכנים את מלאכת התכנון והשימוש במכשירי הסלולר שלהם וכן את יכולת ההשוואה בין חבילות שונות לצורך שיפור תנאי ההתקשרות שלהם.

### השינוי בשיעורי הנטישה ומעבר למפעיל סלולרי אחר

ביטוי נוסף לתחרות שהתחוללה לאחר כניסת הוט מובייל וגולן ניתן בגידול בשיעורי הנטישה החודשיים של הלקוחות בשוק הרלוונטי (Churn Rate). להלן תרשים המתאר את שיעורי הנטישה הרבעוניים של כל המפעילות בשנים 2011-2015:

תרשים 1 - שיעור נטישת מנויים בשוק הרלוונטי, כל המפעילות, 2011-2015



מקור: נתונים שהעבירו כלל המפעילות לרשות ההגבלים העסקיים ועיבודי הרשות מהתרשים עולה, כי שיעורי הנטישה כמעט והוכפלו, מאז ראשית 2012 ועד לשנת 2015. גידול ניכר בשיעור הנטישה התרחש ברבעון השני של שנת 2012, בסמוך לכניסתן של הוט מובייל וגולן.

### פעילות באמצעות מותגים מוזלים

ביטוי נוסף להתגברות רמת התחרות בשנים האחרונות הוא בעובדה ששתיים מן המפעילות הוותיקות בחרו להשיק פעילות של מותג מוזל במקביל להמשך פעילות המותג הוותיק: פלאפון אשר מפעילה את המותג "וואלה! mobile" ופרטנר אשר מפעילה את המותג "012mobile". פעילות מקבילה באמצעות שני מותגים מאפשרת לחברות להתמודד עם התגברות התחרות מבלי לשחוק את המחיר שמשלם כל בסיס המנויים.

התמונה העולה מהמצאים היא ברורה - בשנים האחרונות התחרות בענף התקשורת הניידת גברה והדבר בא לידי ביטוי במגוון פרמטרים ובהם המחירים והיכולת להשוות בקלות בין ההצעות השונות של החברות הפעולות בתחום.



## 5. השפעת המיזוג על התחרות והציבור

מיזוג בין מתחרים עשוי להעלות שני סוגים עיקריים של חששות תחרותיים שייבחנו להלן. החשש האחד, עניינו הפעלת כוח שוק חד צדדי והחשש השני עניינו תיאום ישיר, עקיף או משתמע בין הגורמים הפועלים בשוק. חששות אלה יכולים להתקיים במקביל או בנפרד זה מזה.<sup>22</sup>

בחינת החששות התחרותיים כתוצאה ממיזוג נעשית, על פי רוב, תוך השוואה בין מצב השוק לפני ביצוע המיזוג לבין מצב השוק לאחר ביצוע המיזוג. שכן, ככלל ובהעדר התפתחויות צפויות ברמת סבירות גבוהה, יש לראות במבנה שוק קיים ובמצב התחרות השוררת בו ערב המיזוג כמשקפים נאמנה את אלו הצפויים לשרור בשוק אלמלא המיזוג. במקרה זה, קיים מגוון רחב של תרחישים בעלי הסתברויות התממשות שונים הנוגעים למצב העובדתי בשוק אלמלא יאושר המיזוג, בייחוד ביחס לאופן שבו תפעל גולן. אף על פי כן, לא שוכנעתי, כי תרחיש כלשהו הוא בעל רמת ודאות המצדיקה סטייה מניתוח השוק הרלוונטי תוך התבוננות במצב שקודם למיזוג.

### 5.1 חשש מהפעלת כוח שוק מתואם

חשש מהפעלת כוח שוק מתואם עשוי להתגבש כתוצאה מתיאום מפורש או כתוצאה מהבנה שבשתיקה המביאה לייצוב שיווי משקל אל-תחרותי בין השחקנים בשוק.

מאפייני השוק הרלוונטי מובילים למסקנה, כי עסקת המיזוג מקימה חשש מפני הפעלת כוח שוק מתואם.

#### 5.1.1 מעמדה של גולן כמחוללת תחרות

גורם מרכזי בעת בדיקה, האם המיזוג מעורר חשש מפני הפעלת כוח שוק מתואם, נוגע למאפייני הפירמות המתמזגות עצמן. בפרט יש לבחון את השאלה, האם מדובר במיזוג הגורע מהשוק פירמה מחוללת תחרות (Maverick) או כזאת המטילה רסן תחרותי מהותי, ישיר או עקיף, על השחקניות האחרות הפעילות בשוק. השפעת גריעתה של חברה מחוללת תחרות מהשוק נדונה בבית המשפט העליון בעניין **דור-אלון** בו נקבע כי:

"נקל להסיק, כי רכישתה של חברה מעין זו (Maverick- הח"מ) על-ידי חברה מתחרה תמתן את התחרותיות בשוק נתון, ותגביר את החשש לתיאום מחירים בין הגורמים הנותרים בשוק."<sup>23</sup>

<sup>22</sup> הנחיות המיזוגים, עמ' 16.

(להלן: "Antitrust" (7<sup>th</sup> ed. 2012) ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments, p. 355 (U.S. DEPT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMM'N, COMMENTARY ON THE HORIZONTAL MERGER GUIDELINES, 17 (2006)). (להלן: "הערות להנחיות האמריקאיות").

<sup>23</sup> ע"א 3398/06 רשות ההגבלים העסקיים נ' דור-אלון אנרגיה, פסי' 52 לפסק הדין, פ"ד סא(3) 757 (להלן: "עניין דור-אלון"). (4<sup>rd</sup> Ed. 597 H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice*, 2011) ("Hovenkamp" (להלן: Ed. 2011)).

חברה מחוללת תחרות נחשבת ככזאת שתמריציה מובילים אותה להתחרות בשווקים הרלוונטיים והתנהגותה בפועל מלמדת על היותה כזאת.<sup>24</sup>

בחינת התנהגותה בפועל של גולן מראה, כי מהיום הראשון בו השיקה גולן את פעילותה ועד היום פועלת גולן כפירמה מחוללת תחרות, חדשנית המתמחרת את שירותיה בתעריפים נמוכים.

בתחילת פעילותה הציעה גולן הצעה שיווקית שכללה חבילה פשוטה הכוללת שיחות, גלישה והודעות טקסט ("הכל-כלול") ובמחיר נקוב. גם אם גולן לא היתה הראשונה ששיווקה חבילות מסוג זה בישראל, הרי שלאחר שהחלה בהשקה של חבילות כאלה, הדבר השפיע על מבנה החבילות שהציעו המפעילות האחרות בשוק.

כמו כן, בחינת המחירים שהציעה גולן ללקוחותיה (כפי שהם משתקפים בנתוני ה-ARPU שלה) מלמדת כי מחירה של גולן נמוכים באופן עקבי מאלו המוצעים ע"י המפעילות הוותיקות.

גם בחינה של תפיסת השחקנים בענף על בסיס מסמכיהם הפנימיים ובין היתר על יסוד סיכומי שיבות הדירקטוריון שקיימו מגלה, כי הם תופסים את גולן כמחוללת תחרות.

לכאורה ניתן לטעון, כי בראשית תקופת פעולתה היתה גולן מחוללת תחרות עקב תמריץ חיצוני לגיוס מהיר של מנויים ותפיסת נתח שוק כפי שנקבע במכרז הדור השלישי. אולם גם לאחר שעמדה גולן ביעד שהציב המשרד והערבות שהעמידה במסגרת המכרז הושבה לה, לא חל שינוי ניכר במדיניותה התחרותית והוא הוסיפה לפעול כמחוללת תחרות.

גם ניתוח תמריציה של גולן מראה, כי התנהגותה בפועל נשענה על יתרונות של ממש למדיניות האמורה.

ההסכם בין גולן וסלקום הוא כזה, שבו התשלום של גולן נעשה על בסיס מחיר קבוע ולא בזיקה ישירה למספר המנויים או להיקף השימוש שהם עושים. בהתאם לכך, צירוף מנויים חדשים על ידי גולן נושא עמו עלות שולית נמוכה ביותר וזאת בשונה מהסכמים אחרים בהם התשלום נעשה על פי הקף השימוש או מספר המנויים. הסכם כזה למעשה מתמרץ את גולן לגייס מנויים שכן אל מול ההכנסה הניצבת מגיוס לקוחות נוספים לא ניצבת, בהכרח, הוצאה ברמה דומה.

יתרה מכך, הואיל ולקוחותיה של גולן מתאפיינים בהיותם רגישי מחיר ומיתוגה של החברה נבנה בהסתמך על היותה חברה מחוללת תחרות, נוצר לגולן תמריץ לשמור על מחירים נמוכים על מנת שלא תעמוד בפני נטישה משמעותית של לקוחות.

מהאמור לעיל עולה, כי גולן היא חברה בעלת מאפיינים היוצרים לה תמריצים ומאפשרים לה לחולל תחרות. אומנם קיימת שאלה, האם בהתממשות תרחיש ספציפי גולן תפסיק לשמש כמחוללת תחרות, כפי שהיתה בארבע שנות פעילותה. אולם אף אחד מבין התרחישים האפשריים

<sup>24</sup> שם, פס' 52, הנחיות המיזוגים עמ' 16; הערות להנחיות האמריקאיות, לעיל ה"ש 22, עמ' 24;

European Commission, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings ¶42 (2004/C 31/03) (להלן: "ההנחיות האירופאיות");



לגבי עתידה של גולן אינו ברמת ודאות המאפשרת מתן משקל כה גדול שיהיה בו כדי להביא לסטייה מהמסקנה בדבר היותה של גולן חברה מחוללת תחרות.

## 5.1.2. מאפייני השוק כמועד לתיאום

מאפייני השוק הרלוונטי וההיסטוריה של שוק זה כפי שפורטה לעיל הם בעלי משקל רב בניתוח החשש מפני הפעלת כוח שוק מתואם. ככלל, הנטייה לראות בשוק כמועד לתיאום תגבר ככל שהנסיבות בשוק זה מקלות על הגעה לשיווי משקל מתואם.

נסיבות בהן ייראה שוק כבעל נטייה לתיאום פורטו במסגרת הנחיות המיזוגים, ודומה כי במיזוג זה מתממשות חלק ניכר מהנסיבות שהוזכרו בהן. להלן נסקור חלק מהמאפיינים המתקיימים בענף.

### חסמי כניסה

קיומם של חסמי כניסה גבוהים לשוק שולל את האפשרות של פירמות המצויות מחוץ לשוק הרלוונטי להפר את שיווי המשקל המתואם שייווצר בתוך פרק זמן קצר דיו.<sup>25</sup>

חסמי הכניסה לשוק העומדים בפני מפעילה בעלת תשתית הם גבוהים ביותר. על מנת לפעול כמפעילה בעלת תשתית יש צורך בתדרים שיוקצו לשימושה של המפעילה, דבר אשר מתבצע אחת למספר שנים ובכפוף למלאי התדרים המוגבל בשל היותו של הספקטרום האלקטרומגנטי משאב במחסור.<sup>26</sup>

קבלת רשיון ופעולה כמפעילה בעלת תשתית מחייבת פריסת רשת רט"ן פיזית הכרוכה בהשקעת מאות רבות של מיליוני שקלים לטובת שכירת נדל"ן, רכישת ציוד יקר ותחזוקה שוטפת מורכבת של אלפי אתרי שידור (בהם מותקנות אנטנות). בנוסף, הקמת אתרי שידור כפופה לרגולציה מורכבת<sup>27</sup> באופן שמקשה על הקמת האתרים.<sup>28</sup>

עקב הקשיים הכרוכים בהקמת אתרים והמחסור בתדרים התירו הממונה על הגבלים עסקיים והמשרד שיתופי רשתות<sup>29</sup> בין מפעילות תקשורת נידת מתחרות.<sup>30</sup> על אף שאפשרות החדירה

<sup>25</sup> ראו הנחיות המיזוגים, ה"ש 2 לעיל, עמ' 19 ו-22. פרק הזמן הרלוונטי כפי שהוזכר בהנחיות הוא 12-18 חודשים.

<sup>26</sup> ראו חו"ד משרד התקשורת בעניין שיתוף רשתות, ה"ש 12 לעיל, עמ' 5.

<sup>27</sup> בין היתר חלים על הקמת אתרים כאלה - חוק הקרינה הבלתי מייננת, התשס"ו-2006; וחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965. בהתאם לדיני התכנון והבניה הקמת אתרים דורשת קבלת אישורים מהוועדה המקומית לתכנון ובניה ברשות המקומית.

<sup>28</sup> דו"ח צוות בין-משרדי בנושא מתקן גישה אלחוטי, פרק 5 (2009).

[http://www.sviva.gov.il/subjectsEnv/Radiation/Communication\\_Facilities/cellular/Documents/mitkan\\_gisha\\_doch\\_2009.pdf](http://www.sviva.gov.il/subjectsEnv/Radiation/Communication_Facilities/cellular/Documents/mitkan_gisha_doch_2009.pdf)

<sup>29</sup> שיתופי רשתות אפשריים באופן פסיבי או אקטיבי: **שיתוף פסיבי** – במתכונת זאת רוכשת מפעילות תקשורת נידת זכות שימוש חלקית או מלאה באלמנטים פסיביים (תורן, מבנה, חשמל, מיזוג) באתרים של ספקית אחרת. שיתוף במתכונת זאת חוסך עלויות ניכרות, והשפעתו על התחרות מצומצמת; **שיתוף אקטיבי** – במתכונת זאת הספקיות משתתפות בתדרים ובאתרים באופן מלא. במתכונת השיתוף האקטיבי שאושרה בישראל בעבר, ליבת הרשת, שמספיעה על איכות השירות, נותרת בשליטה נפרדת של כל אחת מהמפעילות.

ראו החלטה בעניין הודעת המיזוג בין החברות: פרטנר תקשורת בע"מ והוט מובייל בע"מ (22.5.2014) **הגבלים עסקיים 9488**.

לשוק באמצעות הסכמי שיתוף אתרים והסכמים לשיתוף רשתות הקלה על הקמתם של מפעילים בעל תשתית, גם עלותה של חלופה זאת גבוהה מאוד ומגיעה למאות מיליוני שקלים. נוסף על כך, על מנת לגבש שיתוף כזה נדרשת הסכמתה של המפעילה בעלת התשתית או התערבותו של משרד התקשורת.

אפשרות אחרת של חדירה לשוק היא באמצעות פעילות כמפעילה וירטואלית ללא הקמת תשתית או השתתפות משמעותית בהקמתה. החסמים העומדים בפני מפעילה וירטואלית הם נמוכים בהשוואה לחסמים העומדים בפני מפעילה בעלת תשתית אולם גם היא נדרשת לצלוח חסמי כניסה בדמות השקעה בשיווק ופרסום, בהקמת מערך מכירות ובעיקר בדמות הצורך לחתום על הסכם אירוח עם מפעילה בעלת תשתית. עם זאת, כשם שחסמי הכניסה הניצבים בפני מפעילה וירטואלית הם נמוכים משמעותית בהשוואה למפעילה בעלת רשת, כך גם יכולתן של מפעילות וירטואליות לרסן את המפעילות בעלות התשתית ולפיכך להפך שיווי משקל מתואם ביניהן היא מוגבלת מאוד.

מכל מקום, התגברות על חסמי הכניסה האמורים דורשת משאבים ניכרים. וצפויה לארוך פרק זמן לא מבוטל.

### ההיסטוריה של ההתנהגות בענף

קיומה של התנהגות מתואמת בענף בעבר מהווה אף היא קריטריון חשוב לניתוח נטיית השוק לתיאום.<sup>31</sup> העובדה ששוק מסוים היה שרוי בשיווי משקל מתואם עשויה ללמד על כך שמדובר במבנה שוק וסוג מוצר אשר מאפשרים תיאום. כמו כן, להיסטוריה של שיווי משקל אל-תחרותי משמעות רבה עת ניגשים לבחון מיזוג, שכן ההיסטוריה הזאת עשויה להמריץ פירמות לחזור למודל בו פעלו בעבר ולהביא לחיסול התחרות.<sup>32</sup> כפי שפורט לעיל, עד חדירתן לשוק של גולן והוט מובייל התאפיינו היחסים בין המפעילות בשיווי משקל מתואם, שבו המחירים נותרו יציבים לאורך תקופה ארוכה ושיעורי המעבר בין החברות היו נמוכים באופן המעיד על קיומו של שיווי משקל מתואם.

### קיומם של שווקים נוספים בהם שחקנים בשוק הנבחן מתחרים זה בזה

נקודות ממשק מרובות בין שחקניות הפועלות בשוק (Multi Market Contact) להלן: "ממשק בין שוקי" עלולות אף הן לתרום לייצוב שיווי משקל מתואם. לקיומו של שיווי משקל כזה נודע משקל מיוחד כאשר נתחי השוק בשווקים השונים אינם סימטריים, במצב כזה, חרף קיומם של נתחי שוק שאינם סימטריים בשווקים השונים יתכן כי קיבוצם יסייע לייצוב שיווי משקל כללי בין המתחרות השונות כפי שמסביר הכלכלן Prof. Massimo Motta:

<sup>30</sup> משרד התקשורת, מדיניות שיתוף ברשת גישה רחבת פס של בעל רישיון כללי למתן שירותי רט"ן (להלן: "מדיניות שיתוף משרד התקשורת") [http://www.moc.gov.il/sip\\_storage/files/1/3551.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/files/1/3551.pdf).

<sup>31</sup> עניין דור אלוו, ה"ש 23 לעיל, פסי' 46-47.

<sup>32</sup> P.E. Areeda & H. Hovenkamp, *Antitrust Law* § 944b (vol. IV, 3<sup>rd</sup> ed. 2009); Hovenkamp, *Supra* note 23, ¶12.7e ("Areeda & Hovenkamp" (להלן: "Areeda & Hovenkamp").



"[When] the same two firms operate in the same two markets: when they analyse whether they prefer to collude or to deviate, they will look at both markets together. This implies that they will have a single IC [incentive constraint-מ"ח] where the gains and losses from deviations are pooled across both markets. Effectively, under pooling it is as if there were now two symmetric firms in one large market, each firm holding a 50% share of it. Multi-market contacts here smooth the market asymmetries and by making the ICs of the firms more symmetric they help collusion."<sup>33</sup>

כיום, גולן היא המפעילה היחידה בעלת תשתית שאינה פעילה בתחומים אחרים, למעט פעילות מוגבלת בתחום השיחות הבינלאומיות. המפעילות האחרות פועלות, בעצמן או באמצעות חברות בנות, גם בתחומי תקשורת נוספים. כך למשל, פרטנר, פלאפון (מקבוצת בזק), סלקום והוט מובייל (מקבוצת הוט) פועלות גם במתן שירותי גישה לרשת האינטרנט, שירותי תשתית אינטרנט (בין אם באופן עצמאי ובין אם במסגרת השוק הסיטונאי), שירותי תמסורת פנים ארצית למגזר העסקי ושירותי טלפוניה ניידת מקומית ובינלאומית. בנוסף פועלות הוט, בזק וסלקום בתחום שידורי הטלוויזיה. לוח 1 להלן מתאר את מכלול התחומים בענף התקשורת, בהן פעילות מפעילות בעלות תשתית.

קיומו של ממשק בין שוקי בין המפעילות בנקודות רבות עשוי להקל, כאמור, על יצירת שיווי משקל מתואם ביניהן. גריעתה מהשוק של גולן, שלה נקודות ממשק מועטות ביותר, יקל על המפעילות שיוסיפו לפעול לייצב שיווי משקל כאמור. כך למשל, הממשק הבין שוקי עשוי לסייע למפעילות לייצב שיווי משקל שבו האחת נמנעת מפעילות אגרסיבית בתחום הטלפוניה הניידת בזמן שמתחרותיה אינן מתחרות באופן לוחמני בתחום התקשורת הניידת.

---

<sup>33</sup> M. Motta, Competition Policy: Theory and Practice, p. 149 (2004) ("Motta"). (להלן: "Motta").

לוח 1 – תחומי הפעילות של הקבוצות הפועלות בענף התקשורת

השירות	פרטנר	קבוצת הוט	קבוצת בזק	סלקום	גולן
תקשורת ניידת	✓	✓	✓	✓	✓
טלפוניה ניידת	✓	✓	✓	✓	×
תשתית אינטרנט	*✓	✓	✓	*✓	×
גישה לרשת האינטרנט (ISP)	✓	✓	✓	✓	×
שידורי טלוויזיה	×	✓	✓	✓	×
טלפוניה בינלאומית	✓	✓	✓	✓	✓
תקשורת למגזר העסקי	✓	✓	✓	✓	×

\* - על בסיס שירותים הנרכשים בשוק הסימונאי.

שוק התקשורת בישראל אף ידע בעבר התרחשויות שנראות, על פניהן, כניסיונות לייצב שיווי משקל מתואם באמצעות ענישת פירמות שחדרו לתחומי פעילות הליבה של מתחרותיהן,<sup>34</sup> וגם להיסטוריה זאת משקל בניתוח עוצמת החשש התחרותי.

#### מאפיינים נוספים

בשוק מתקיימים גם מאפיינים נוספים התומכים בנטייתו לתיאום. כך, בין היתר, מידת ההומוגניות של השירותים שמעניקות המפעילות השונות מקלה על הגעה לשיווי משקל מתואם בשוק ולפיקוח על החריגה ממנו. היקפן הקטן ותדירותן הגבוהה של העסקאות בשוק מקלות גם הן על הגעה לשיווי משקל מתואם.<sup>35</sup> הקף ותדירות העסקאות, שקיפות המידע והנתונים הטכניים הנוגעים למעברי הלקוחות ולדפוסי ההתקשרות שלהם אשר זמינים למפעילות, הם בין המאפיינים הנוספים הקיימים בשוק זה אשר בכוחם גם להקל זיהוי ואכיפה של חריגה משיווי משקל ובכך תורמות אף להיווצרות שיווי משקל כזה. גם מאפייני הביקוש לשירותים הם כאלה אשר מקשים על ציבור הלקוחות להפסיק או למצער לצמצם במידה ניכרת, את השימוש בשירותי תקשורת ניידת בתגובה לעלייה במחירים או לפגיעה באיכות השירות.

<sup>34</sup> ראו בג"ץ 3483/05 די.בי.אס שרותי לוויין (1998) בע"מ נ' שרת התקשורת (פורסם בנבו, 9.9.2007); נימוקי ההחלטה בדבר אישור מיזוג בתנאים בין בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ לבין די.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ (14.3.2005) הגבלים עסקיים 5000045.

<sup>35</sup> Motta, supra note XXX, p. 145; עמ' 21, 26.



ענף התקשורת הניידת מתאפיין במאפיינים שהופכים אותו למועד לתיאום. ההיסטוריה ששררה בענף עד שנת 2012, חסמי הכניסה הגבוהים והמאפיינים האחרים יוצרים חשש סביר כי גריעתה של גולן כמתחרה מחוללת תחרות תוביל להתייצבות שיווי משקל מתואם בענף ובפרט בשוק הרלוונטי.

### 5.1.3. מעמדה של הוט מובייל

גם לאחר גריעתה של גולן מהשוק תיוותר בו הוט מובייל, הפועלת כיום במסגרת הסכם לשיתוף רשתות עם פרטנר. גם הוט מובייל מחוללת תחרות ורבים מהמאפיינים שנוגעים לגולן נכונים גם לגביה. עם זאת, לא קיימת זהות בין החברות והמשך קיומה של הוט מובייל אחרי המיזוג אינו מפגי את החששות מהפעלת כוח שוק מתואם כפי שאלה עולים מהמיזוג. נעמוד על הטעמים למסקנה זאת.

ראשית, הן הוט מובייל והן גולן מתאפיינות ברמת הכנסות ממנויים נמוכה ודומה. מדובר ברמת מחירים שלה פער מזאת של המפעילות הוותיקות והופכות את השתיים למתחרות קרובות הפועלות בסגמנט מחירים נמוך. סביר שפעולותיהן של הוט מובייל וגולן הוזנו, זאת ממעשיה של זאת, וכל אחת מהן נדרשה להגיב לפעולות שנקטה האחרת מעת לעת. לכן, סביר שתמריציה של האחרונה להיוותר כ"מחוללת תחרות" לאחר יציאתה מהשוק של גולן יפחתו באופן משמעותי. במצב דברים כזה תיוותר התחרות בסגמנט המחירים הנמוכים בין הוט מובייל לבין מותגים מוזלים של המפעילות הוותיקות והמפעילות הווירטואליות. במצב דברים כזה, עוצמת התחרות שתראה הוט מובייל מולה תהא תלויה באופן כמעט בלעדי ברמת התחרות שיקבעו המפעילות הוותיקות ותמריציה שלה להמשיך ולפעול בתחרות אגרסיבית עשויים להיפגע.

שנית, עמדתי למעלה על משמעותו של הממשק הבין שוקי ביצירת החשש התחרותי. בין הוט מובייל לבין המפעילות הוותיקות מתקיימות נקודות ממשק רבות בתחומי פעילות אחרים והדבר עלול לסייע לייצוב שיווי משקל מתואם בענף התקשורת הניידת במקביל להשגת שיווי משקל מתואמים גם במגזרי פעילות אחרים. אישור המיזוג יוביל ליצירה של מפעילות בעלות תשתית שכולן פועלות בתחומים נוספים המקבילים לתחומי הפעילות של מתחרותיהן. במצב כזה, מתגבר החשש, שהמפעילות הוותיקות והוט מובייל אשר פעילה גם בתחומים אחרים ייצבו ביניהן שיווי משקל מתואם.

### 5.2 חשש מהפעלת כוח שוק חד צדדי

חשש נוסף העולה מהמיזוג, אם כי משני בחשיבותו לחשש המתואם, הוא החשש מיצירת כוח שוק חד צדדי לחברה הממוזגת.

כפי שתואר לעיל, במיזוג דנן, מבקשת סלקום, בעלת נתח השוק הגדול ביותר, לרכוש את גולן. המיזוג יגדיל, איפוא, את נתח השוק של סלקום ויבסס את מעמדה כמפעילה הגדולה בשוק.

כוח שוק חד צדדי נוצר כאשר לאחר המיזוג גובר התמריץ של החברה הממוזגת להפעיל כוח שוק ללא קשר לאסטרטגיה שבה יבחרו המתחרות שלה.

במקרה זה בחנה הרשות את האפשרות שהחברה הממוזגת תפעיל כוח שוק חד צדדי תוך שימוש בשני סוגי נתונים: נתונים אודות מעבר הלקוחות בין מפעילות התקשורת הניידת (נתונים בדבר

"ניוד לקוחות"), ונתונים אודות המרווחים של סלקום ושל גולן. בדיקת הרשות העלתה, כי לאחר המיזוג ייווצר לסלקום תמריץ להעלות את המחירים שמשלמים לקוחות גולן וזאת, בין השאר, בשם לב לכך שאחוז ניכר מהלקוחות שצפויים לעזוב את גולן בעקבות העלאת המחירים יעבור לצורך שירותים מסלקום עצמה.

לעניין זה, הציגו בפני הצדדים תחשיב באשר לכוח השוק החד צדדי שייווצר לצדדים. לשיטתם יש לגלם במסגרת התחשיב גם את היבטי היעילות הנובעים מהמיזוג אשר מקזזים, לדעתם, את החשש התחרותי החד צדדי באופן כמעט מלא. אולם, אין בתיאור כוללני של היבטי היעילות לגביהם טוענים הצדדים, כדי לעמוד בתנאים הנדרשים לצורך קיזוז החשש להפעלת כח שוק חד צדדי. על טענות בדבר יעילות להיות כאלו המבססות יעילות "משמעותית, קרובה בזמן, וכן על חלק ניכר ממנה לעבור ללקוח הסופי".<sup>36</sup> יעילות הנובעת ממיזוג יש להוכיח באופן שהוא בר ביסוס באמצעות שימוש במידע אובייקטיבי. בענייננו, טענות הצדדים התמצו בכך, כי לטענתם אירוח גולן על רשת סלקום יוצר לסלקום תמריץ קטן יותר להתחרות מולה וכן יוצר בעיה של מרווח כפול (double marginalization),<sup>37</sup> כאשר לשיטתם ביטולם של שני אלה יביא ליעילות רבה יותר בפעילות סלקום. כאמור, לא מצאתי, כי יש בכך כדי לבסס יעילות משמעותית וקרובה בזמן שחלק ניכר ממנה יעבור ללקוח הסופי.

### 5.3 סיכום הניתוח הסטאטי

בחינת החששות העולים מהמיזוג העלתה, כי המיזוג מעורר חשש סביר להפעלת כוח שוק מתואם בין המפעילות השונות וכך עלולה להיות פגיעה משמעותית בתחרות ובציבור. חשש זה נובע ממאפייניו של השוק כשוק מועד לתיאום ומהיותה של גולן מחוללת תחרות, אשר תיגרע מהשוק עקב המיזוג. כן העלה הניתוח, כי מימוש המיזוג עלול להוביל ליצירת כוח שוק חד צדדי.

### 5.4 ניתוח ההיבטים הדינאמיים של המיזוג

תכליתו של הניתוח הדינאמי היא לבדוק, האם יש בכוחם של תרחישים עתידיים שיצאו אל הפועל לאחר מימוש המיזוג להפיג את החששות שהעלה הניתוח הסטטי.<sup>38</sup> בין תרחישים אלה ניתן לציין כניסה אפשרית של מתחרים חדשים לשוק או הרחבת פעילות מצד גורמים הפועלים בשוק עובר למיזוג בתגובה להפעלת כוח שוק.<sup>39</sup> כאשר עסקינן בהפגה של חשש תחרותי כתוצאה מתרחיש דינאמי הציפייה היא כי כניסה של המתחרים לשוק תעשה ברמת ודאות גבוהה, בפרק זמן קצר ובאופן משמעותי.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> הנחיות המיזוגים עמ' 23.

<sup>37</sup> כלומר מצב בו שתי חוליות נפרדות בשרשרת הייצור הנמצאות בבעלות שונה מפיקות כל אחת רווחים מפעילותה, בניגוד למצב של אינטגרציה אנכית שבו מופק רווח יחיד.

<sup>38</sup> הי"ע (הגבלים עסקיים) 704/07 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ, פס" 25 (5.4.2009).

<sup>39</sup> נימוקי ההחלטה בדבר התנגדות למיזוג בין אי-אוניליין קפיטל (אי.או.סי) בע"מ לבין קו מנחה שירותי מידע ותקשורת בע"מ ולבין קו מנחה – לט מי נו טכנולוגיה בע"מ (11.4.2010) הגבלים עסקיים 5001609.

<sup>40</sup> הנחיות המיזוגים, הי"ש 2 לעיל, עמ' 22;



בשוק פועלים שני סוגי שחקנים: הסוג הראשון, הוא מפעילות בעלות תשתית שבפניהן חסמי כניסה הכרוכים בהקמה או בהשקעה של תשתית פיזית שפורטה לעיל. הסוג השני, הוא מפעילות וירטואליות שחסמי הכניסה וההתרחבות הניצבים בפניהן נמוכים יותר, שכן אין עליהן חובה לפרוס תשתיות פיזיות.

#### 5.4.1 הפגה של החששות התחרותיים על ידי מפעילות וירטואליות אינה סבירה

מפעילות וירטואליות אינן נדרשות, כאמור, לפרוס תשתיות אולם גם בפניהן ניצבים חסמי כניסה מסוימים. למרות שחסמי הכניסה בפני המפעילות הווירטואליות נמוכים מאלה הניצבים בפני מפעילות בעלות תשתית, הסתברות חדירתן או התרחבותן בשוק אינה כזו שיש בה בכדי לרסן את הפגיעה, שסביר כי תיגרם כתוצאה מהמיזוג וזאת למרות שהחסמים הניצבים בפני מפעילות וירטואליות נמוכים יחסית.

כושרן התחרותי של מפעילות וירטואליות הוא מוגבל, שכן מפעילות אלו תלויות במפעילה בעלת התשתית שברשתה הן מתארחות, תלות זאת מתבטאת הן בהיבט המחיר והן בהיבט האיכות.

מבחינת המחיר, הואיל ומפעילה וירטואלית רוכשת שירותים מהמפעילה בעלת התשתית במחיר שנקבע ביניהן בהסכם, הרי שיכולתה להציע מחירים נמוכים תלויה במחיר שבו היא קונה את השירות מבעלת התשתית אשר נקבע, בדרך כלל, בהתאם לשימוש שיעשה בפועל. לפיכך, אין זה סביר כי בהתממש החשש מיצירת שיווי משקל מתואם בין המפעילות, יופר אותו שיווי משקל באמצעות מפעילה וירטואלית שתזכה למחירים אטרקטיביים ממפעילה בעלת תשתית הנהנית מקיומו של שיווי המשקל. נוכח הדינאמיות של ענף התקשורת הניידת, אף קשה להעריך, האם יהיה בכוחו של הסכם אירוח שנחתם בנקודת הזמן הנוכחית כדי לאפשר למפעילה וירטואלית לחולל תחרות בעתיד. במצב כזה תלויה המפעילה, למעשה, בהסכמתן של המפעילות בעלות התשתית על מנת לשנות את תנאי ההסכם ולעמוד בדרישות השוק המשתנות.

מבחינת איכות השירות, מפעילה וירטואלית משווקת למעשה שירות על גבי רשת של מפעילה בעלת תשתית. איכות השירות נקבעת כמעט לחלוטין על ידי המפעילה בעלת התשתית, ולמפעילה הווירטואלית אין כמעט השפעה. כך, למשל, החלטה בדבר שדרוג הרשת מתקבלת על ידי המפעילה בעלת התשתית בלבד. כמו כן, אין למפעילה הווירטואלית יכולת ליצור איום תחרותי על המפעילה הוותיקה בהיבט של איכות השירות ולפיכך יכולתה של מפעילה וירטואלית להפג חששות בדבר פגיעה באיכות השירות היא נמוכה ביותר.

לבסוף, הניסיון הנצבר בחדירה של מפעילות ווירטואליות בישראל הוא לכל היותר מעורב. מספר גדול של מפעילות שקיבלו רישיון מהמשרד לפעול כמפעילות ווירטואליות כלל לא צלחו את שלב החדירה הראשונית לשוק או ויתרו מלכתחילה על הניסיון להיכנס לשוק. שתיים מתוך המפעילות המעטות שהחלו לפעול, והחזיקו בנתחי שוק קטנים ביותר, נרכשו כעבור שנים בודדות על ידי שתי מפעילות ותיקות ונתחי השוק של אלו שעודן פועלות הם מזעריים. הצלחה דלה זאת היא לא מנת חלקה הבלעדית של ישראל, שכן גם במדינות אחרות בעולם לא תופסות מפעילות וירטואליות נתחי שוק משמעותיים.

אינני מוצאת לקבל את הטענה כי חדירתה המוצלחת לשוק של גולן, אשר נסמכת כיום בעיקר על הרשת של סלקום כמארכת, היא שקולה לכניסה של מפעילה ווירטואלית ומעידה על פוטנציאל ההצלחה של מודל פעילות זה. גולן חדרה לשוק על בסיס מעטפת רגולטורית שונה מזאת של המפעילות הווירטואליות<sup>41</sup> הנובעת מן העובדה שגולן יועדה להיות מפעילה בעלת תשתית והפכה את המחויבות שלה להצלחת החדירה לגבוהה יותר מזו של מפעילות ווירטואליות. בנוסף, לגולן היה תמריץ כלכלי לחדור לשוק, שכן בהתאם למכרז הדור השלישי הובטח לה, כי אם תעמוד ביעד גיוס לקוחות יוחזרו לה הערבויות מאת משרד התקשורת. משרד התקשורת אינו מבטיח תמריץ דומה למפעילות ווירטואליות. כתוצאה מכך, אחזה גולן בעמדת מיקוח שונה מול המפעילות הוותיקות שאיפשרה לה לחדור לשוק באופן אפקטיבי.

גם בחינה של גולן בנקודת הזמן הנוכחית כאשר לרשותה צבר לקוחות גדול פי כמה וכמה מצבר הלקוחות של כל המפעילות הווירטואליות גם יחד מעמיד אותה בעמדה תחרותית המאפשרת לה להוסיף ולחולל תחרות בשוק. אפילו אם בחלוף הזמן לא התממשו הציפיות כי גולן תקים רשת בפריסה נרחבת שעל גביה ניתנים שירותי התקשורת שלה, הרי שעסקינן במפעילה שמשרתת מאות רבות של אלפי לקוחות ומכח זאת יש לה יכולת מיקוח מול המפעילות הוותיקות שאין למפעילות ווירטואליות.

נוכח האמור לעיל, אין לראות במפעילות הווירטואליות איום תחרותי ממשי על המפעילות בעלות התשתית ובהתאם לא יהיה בכוחן של אלו להפיג את החששות התחרותיים שהוצגו לעיל.

#### 5.4.2. הסיכוי של כניסה ממשית לשוק של מפעילה בעלת תשתית אינו גבוה דיו

בניגוד למפעילות ווירטואליות כניסה של מפעילות בעלות תשתית לשוק, ובפרט על בסיס שיתוף רשתות, בפרק זמן קצר ובהיקף משמעותי היתה יכולה להיחשב כבעלת פוטנציאל להפיג את החששות התחרותיים העולים מן המיזוג. אלא שכניסה כזאת אינה סבירה, בפרט לא בהיקף ובפרקי הזמן הנחוצים על מנת להפיג את החששות מהמיזוג.

על מנת שכניסה של מתחרה לשוק תוכל להפיג את החששות מהמיזוג עליה להתגבר על חסמי הכניסה הקיימים באותו שוק, לעשות כן בפרק זמן סביר ובהיקף משמעותי. הוודאות בדבר הכניסה ומשך הזמן הנדרש להגשמתה אינם מנותקים מעוצמת החשש התחרותי העולה מן המיזוג.<sup>42</sup>

בחינת המיזוג בהיבט זה התמקדה בחברה אחת – מרתון 018 אקספון בע"מ (להלן: "אקספון") – כמי שעשויה היתה להוות מתחרה פוטנציאלית למפעילות בעלות התשתית.

<sup>41</sup> כך לדוגמא, האסדרה של מתן שירותי אירוח במסגרת נדידה פנים ארצית למפעילות בעלות תשתית נקבעה במתכונת של עיגון למחירים מרביים לשירותים אלה במסגרת סעיף 35 לחוק התקשורת (בזק ושירותים), התשמ"ב-1982 בעוד שביחס למחירי האירוח של מפעילות ווירטואליות נקבעו סטנדרטים כלליים בלבד במסגרת סעיף 4(א2) לחוק זה.

<sup>42</sup> הנחיות המיזוגים עמ' 22-23.



במכרז תדירים שערך משרד התקשורת בשנת 2015 ואשר במסגרתו הוקצו תדרי רדיו לטובת שירותי דור רביעי בסלולר זכתה אקספון ברצועת תדר אחת ברוחב של 5 מה"צ.<sup>43</sup> עם זאת רצועה אחת אינה מספיקה כשלעצמה למתן שירותי דור רביעי או להקמה של רשת סלולרית.<sup>44</sup>

אקספון היא חברה הפועלת בתחום המב"ל, שירותי הגישה לרשת האינטרנט ותשתית האינטרנט במסגרת "השוק הסיטונאי". החברה הביעה את כוונתה להיכנס גם לשוק התקשורת הניידת עוד במסגרת מכרז הדור השלישי שנערך בשנת 2011 אולם באותה עת לא עמדה בתנאי המכרז וזכייתה נפסלה. מאז זכייתה במכרז מנסה אקספון לחתום על הסכם לשיתוף רשתות בהתאם למדיניות המשרד לעידוד שיתוף רשתות בין מפעילות<sup>45</sup> אולם עד כה, בחלוף למעלה משנה מאז נערך המכרז, לא נחתם הסכם כזה.

את היתכנות כניסתה של אקספון לשוק באופן שיפיג את החשש התחרותי העולה מהמיזוג יש לבחון באופן שהתווה בית המשפט העליון בפרשת **דור-אלון**:

"נוסחת איזון סבירה בגדרם של השיקולים לצורך מיזוג מצריכה מתן משקל יחסי ראוי לנתונים המוכחים בדבר מצב השוק הנתון, על רקע מאפייניו וההיסטוריה המיוחדת לו, אל מול הסתברות השינויים המבוססים על הערכה לעתיד בלבד. ככל שחומרת הפגיעה הכרוכה במיזוג גדולה יותר על-סמך נתוני שוק קיימים, כך הסבירות שבהיזקות להערכות על שינויים עתידיים שטרם ברור אם יתממשו, ומה תהיה השלכתם על התחרות באם יתממשו קטנה יותר."<sup>46</sup>

שורה של טעמים הביאונו לכלל מסקנה, כי אקספון אינה עומדת בקריטריון זה וכניסתה האפשרית לשוק אינה מפגיגה את החששות התחרותיים העולים מן המיזוג.

ראשית, כניסתה של אקספון לשוק תלויה בהסכם לשיתוף רשתות עם מפעילה בעלת תשתית. למרות שחלפה מעלה משנה מאז הזכייה של אקספון במכרז התדירים לדור הרביעי וחרף חובה שקיימת על מפעילות שהסכימו על שיתוף רשתות, לצרף להסכם בתנאים דומים לאלה של המפעיל הקטן ביותר שחתם על הסכם כזה, כל מפעילה שתבקש זאת,<sup>47</sup> הסכם שיתוף בין אקספון לבין כל מפעילה אחרת לא נחתם עד היום. עובדה זאת כשלעצמה משליכה על מידת הסבירות של כניסתה לשוק באופן ובמועד שיפיגו את החששות התחרותיים.

<sup>43</sup> ועדת המכרזים למכרז 21/2014 **תוצאות הליך התיחור הכספי** (12.1.2015) [http://www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/8/4088.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/8/4088.pdf)

<sup>44</sup> חו"ד משרד התקשורת לגבי שיתוף רשתות, עמ' 15.

<sup>45</sup> משרד התקשורת מדיניות שיתוף ברשת גישה רחבת פס של בעל רישיון כללי למתן שירותי רט"ן (15.5.2014) - [http://www.moc.gov.il/sip\\_storage/FILES/1/3551.pdf](http://www.moc.gov.il/sip_storage/FILES/1/3551.pdf) (להלן: "מדיניות משרד התקשורת")

<sup>46</sup> עניין דור אלון, הי"ש 23 לעיל, פס' 57.

<sup>47</sup> מדיניות שיתוף משרד התקשורת, סי' 30(ג).

שנית, התממשות החשש התחרותי העולה מהמיזוג בדבר יצירת כוח שוק מתואם למפעילות בעלות התשתית צפויה להשפיע לרעה על התמריצים של המפעילות בעלות התשתית לתרום לכניסתה של אקספון לשוק באמצעות קידום הסכם שיתוף רשתות עמה. ככל שיווצר שיווי משקל אל-תחרותי בין מפעילות הסלולר הנוותרות בשוק, התמריץ שלהן להגיע להסכם שיתוף רשתות עם אקספון יפחת. העובדה שעד היום לא הצטרפה אקספון להסכם שיתוף הרשתות שבין פרטנר לבין הוט מובייל, למרות שמשרד התקשורת סלל בפניה את הדרך לעשות כן, מלמדת אף היא על הקושי בהצטרפות כאמור.

שלישית, אף אם תחתום אקספון על הסכם כזה ותתגבר על חסמי הכניסה האחרים לשוק, יחייב הדבר תקופת הערכות ממושכת לשם קבלת האישורים הרגולטוריים הנדרשים ותקופה נוספת לשם ביצוע ההכנות הלוגיסטיות. משך הזמן שיחלוף בטרם תכנס אקספון לשוק אף הוא בעל משמעות וכניסה זאת צפויה לארוך תקופה משמעותית.

ממצאים אלה עומדים בניגוד ברור לגישה המקובלת כי לצורך הפגה דינמית של חששות תחרותיים הכניסה לשוק צריכה להיות סבירה (Likely), משמעותית (Sufficient) ובזמן סביר (Timely).<sup>48</sup> האמור לעיל ביחס לאקספון נכון מקל וחומר ביחס לכל צד שלישי אחר.

לפיכך, אין מקום לראות בתרחישים הדינמיים כמפיגים את החשש התחרותי שמקים המיזוג.

## 6. היעדרן של תרופות המפיגות את החשש הסביר לפגיעה משמעותית בתחרות

משנקבע כי המיזוג מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות מתווה לנו סעיף 21(א) שני נתיבים חלופיים להתמודדות עם קיומו של חשש סביר לפגיעה בתחרות ובציבור כתוצאה מהמיזוג: אישור בתנאים או התנגדות. כלל המידתיות מחייבנו לבחון תחילה אם לא ניתן לאשר את המיזוג בכפוף לתנאים ורק אם התשובה לשאלה זו שלילית, אזי יש להתנגד למיזוג.<sup>49</sup>

תכליתם של תנאים היא אחת – ריפוי מלא ושלם של הפגיעה התחרותית הנוצרת עקב המיזוג.<sup>50</sup> ניתוח המיזוג לא הניב תנאי שיש בו לרפא את החששות התחרותיים הנובעים מהמיזוג.

במסגרת דין ודברים שקיימה הרשות מול סלקום הציעה האחרונה תנאי, לפיו יוטל על החברה הממוזגת למכור חלק מתעבורת הרשת שלה (בהיקף שייקבע מראש) בתמורה לתשלום סכום קבוע. מכירה זאת, כך סברה סלקום, תאפשר כניסה לשוק של מפעילה שתפעל במתכונת של מפעילה וירטואלית הנושאת בעלויות קבועות בלבד. לשיטת סלקום, תנאי זה יהפוך את המפעילה הוירטואלית לבעלת מחויבות גבוהה לפעולה בשוק בשל ההשקעה הראשונית הגבוהה שביצעה. כמו כן, תוכל המפעילה להציע ללקוחות הצעות בעלות שולית נמוכה ביותר. סלקום תומכת את הצעתה בכך שמדובר לשיטתה בתנאי הדומה לתנאים שהוטלו במיזוגים דומים באירופה בשנים האחרונות.

<sup>48</sup> ההנחיות האירופאיות, ה"ש 24 לעיל, פרק VI.

<sup>49</sup> ע"א 2414/09 יורקום די.בי.אס בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פסי' 37 (פורסם בנבו, 20.8.2009) (להלן: "עניין בזק-יס"); וכן ה"ע 8006/03 יהודה פלדות נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פסי' 70 (פורסם בנבו, 11.4.2007).



מצאתי כי אין מקום לקבל תנאי מסוג זה. אפרט את טעמי לכך.

בעת שקילת האפשרות לאשר מיזוגים אופקיים בכפוף לתנאים יש לתת מעמד של בכורה לתנאים מבנים ובפרט לתנאי מסוג מכירת נכסים (Divestiture). עמדה זאת אף זכתה לאישור על ידי בית המשפט העליון ובית הדין להגבלים עסקיים.<sup>51</sup> תנאי שעניינו מכירת נכסים נועד לאפשר שימור, לטווח ארוך, של התחרות ששררה בשוק באמצעות מכירת חלק בר-קיימא מהפעילות העסקית שהתקיימה ערב המיזוג לידי גורם שיוכל להפעילה באופן המפצה על הפגיעה התחרותית שגרם המיזוג. התנאי שהציעה סלקום אינו עונה לדרישה זאת.

אף אם יימצא גורם שיחתום על עסקה לרכישת הקף תעבורה בסכום קבוע, יהיה עליו לעבור כברת דרך בטרם יהפוך למתחרה אפקטיבי שיבוא בנעליה של גולן. מתחרה כזה יידרש להתחיל לפעול ללא מלאי לקוחות ובתלות מוחלטת בחברה הממוזגת. במילים אחרות, השפעתו על התחרות של מתחרה חדש שנכנס עתה לשוק במתכונת של מפעיל וירטואלי אינה דומה, אף לא בקירוב, להשפעתה של גולן על השוק. בניגוד לתנאי מסוג מכירת נכסים, הנכס שיקבל לידי הצד השלישי אינו בר השוואה תחרותית לנכס הנמכר במיזוג דנן.

בנוסף, תנאי זה הוא למעשה תנאי המחייב מתן גישה חופשית לתשתית (Open Access) של החברה הממוזגת. על פי גילוי הדעת בדבר תרופות במיזוגים<sup>52</sup> תנאי גישה חופשית לתשתית נחשבים לתרופות התנהגותיות הלוקות בפגמים רבים. תנאים אלה הם מורכבים ביותר לפיקוח ואכיפה ועשויים לחייב הקצאת משאבים ניכרים לשם טיפול שוטף בהם. מערכת היחסים העסקית בין מפעילה בעלת תשתית לבין מפעילה וירטואלית העושה שימוש ברשתה היא מסובכת ומטבעה מחייבת התייחסות למגוון עצום של סוגיות ונקודות ממשק בין הצדדים ואף מן הטעם הזה לא ניתן לקבל אותו.

לבסוף, וביחס לטענה בדבר אישור של מיזוגים דומים באירופה בכפוף לתנאי שכזה, בחינת מצב הדברים באירופה מגלה תמונה מורכבת יותר וחד משמעית פחות מזאת שציירו הצדדים. התנאים שנקבעו באירופה משקפים את ניתוחי השוק הפרטניים שנעשו. התנאים שנקבעו באירופה משקפים את המדיניות האירופית במועד אישור המיזוג ביחס לאישור מיזוגים בתנאים, את האפשרות להתנות את המיזוג בתנאים ובכלל זה גם בתנאים של השלת נכסים (Divestiture). יתר על כן, בעובדה שתנאים אלה נקבעו אין משום הוכחה למידת יעילותם והיכולת לאכוף אותם. בזמן שחלף ממועד השתת חלק מהתנאים שהוטלו בקשר עם מיזוגים באירופה בתחום הסלולר התברר, כי יישומם של התנאים אורך פרק זמן ניכר ומשמעותי וכי תנאים אלה קשים לאכיפה. מסיבות אלה, בין היתר, לא מצאתי לנכון לאמץ תנאים הדומים לחלק מהתנאים שנקבעו במיזוגים בתחום התקשורת הניידת שאושרו באירופה.

<sup>50</sup> גילוי דעת 2/11 : הנחיות בדבר תרופות למיזוגים המעלים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, בעמ' 2, **הגבלים עסקיים** 50010804 (להלן: "גילוי דעת תרופות למיזוגים")

<sup>51</sup> עניין בזק-יס, ה"ש 49 לעיל, פס' 37 ; ה"כ (הגבלים עסקיים) 36014-12-10 **קניאל תעשיות אריזה בע"מ נ' הרשות להגבלים עסקיים**, פס' 66-67 (פורסם בנבו, 10.6.2012).

<sup>52</sup> גילוי דעת תרופות למיזוגים, פס' 45.



## 7. טענות הצדדים

במהלך בדיקת המיזוג התקיים דיאלוג שוטף עם הצדדים, במהלכו הציגו הצדדים באריכות ובפירוט את עמדתם ביחס להשפעותיו התחרותיות של המיזוג. אגב כך הגישו הצדדים שתי חוות דעת כלכליות. בנוסף, טרם החלטתי להתנגד למיזוג הוזמנו הצדדים לטעון את טענותיהם ביחס לחששות התחרותיים העולים מהמיזוג. נתמקד להלן בארבע טענות מן הטענות שהעלו הצדדים שלא קיבלו מענה מלא בדברים שנכתבו עד כה.

### 7.1 קיומם של תסריטים חלופיים

הצדדים טענו, כי משמעות ההתנגדות למיזוג היא פירוק של גולן שתוביל להתפזרות לקוחותיה בין המפעילות בעלות התשתית, כך שתיווצר ביניהן סימטריה בנתחי השוק אשר, לגישתם, תביא למצב תחרותי נחות בהשוואה למצב התחרותי לאחר המיזוג. הצדדים סברו, כי העובדה שכתוצאה מן המיזוג יהיה נתח השוק של סלקום גדול משל שלוש השחקניות הנותרות מפיגה את החשש מפני השפעות מתואמות. לשאלת הסימטריה בנתחי השוק ומידת השפעתה על הניתוח התחרותי אתייחס בהמשך. בנוסף על כך טענו הצדדים, כי בחינת תוצאות המיזוג בהשוואה לתמונת התחרות השוררת עובר למיזוג היא מוטעית מכיוון שגולן אינה עומדת בתנאי רישיונה והמשך פעילותה במתכונת הקיימת אינה בת-קיימא. משמעות הטענה היא, שגולן מסוגלת היום לפעול כמחוללת תחרות רק משום שהיא מפרה את תנאי רישיונה, אך מרגע שתצטרך לעמוד בדרישות משרד התקשורת, ובכלל זה הדרישה כי הסכם שיתוף הרשות שבו תתקשר יכלול השקעה משמעותית בתשתית, לא תוכל יותר גולן לשמש כמחוללת תחרות.

אתחיל ואומר שאינני סבורה שתוצאה הכרחית מהתנגדות למיזוג הוא פירוק של גולן או הכנסתה להליכי חדלות פירעון. זהו אולי תרחיש אפשרי, אך בוודאי אינו תרחיש יחיד ולא השתכנעתי כי הוא תרחיש בלתי נמנע. אפרט את עמדתי בהמשך אגב הדיון בטענתה של גולן כי היא חברה כושלת. באשר לטענה, כי התאפשר לגולן להתנהל כמחוללת תחרות רק משום שהפרה את תנאי הרישיון, איני יכולה לקבל טענה זאת. לא יכול להיות ספק, כי כניסה לתחום התקשורת הניידת בוודאי כמפעילה בעלת תשתית, מחייבת השקעות גדולות ומשמעותיות. עמדתי על כך בנימוקי למעלה. קל להבין גם מדוע מי שאינו משקיע בתשתיות הנדרשות למפעילה בעלת תשתית יכול להפחית את הוצאותיו ובהתאם לכך יתכן שיתאפשר לו להציע מחירים נמוכים יותר ולהישאר רווחי. אך מכך לא נגזרת המסקנה שהשקעה בתשתית מחייבת חיסולה של גולן כמחוללת תחרות. היקף ההשקעות על פי מכרז הדור השלישי היה ידוע לגולן מראש וחזקה עליה שבעת שהגישה את הצעתה במכרז ובנתה את תוכניתה העסקית כילכלה את צעדיה בהתאם לכמות ההשקעות הנדרשות ממנה על מנת להפוך למפעילה בעלת תשתית.

### 7.2 דוקטרינת החברה הכושלת

בסמוך למועד קבלת ההחלטה טענה גולן, כי יש לאשר את המיזוג על פי תנאי דוקטרינת החברה הכושלת.<sup>53</sup> הנתונים שהציגו החברות המתמזגות בפני אינם מבססים את התקיימותה של דוקטרינת החברה הכושלת ולפיכך אינני מוצאת לנכון לקבל טענה זאת.

טענת החברה הכושלת ניצבת על שלוש רגליים: האחת, היותה של החברה חברה כושלת מבחינה כלכלית, העתידה לצאת מהשוק בהעדר המיזוג וזאת הן בהתאם למצבה דהיום והן בהתאם לסיכויי שיקומה; השניה, העדרו של קונה חלופי שרכישתו את החברה תסב פגיעה פחותה בתחרות בהשוואה למיזוג; והשלישית, כי החלופה של רכישת החברה על ידי הרוכש המבוקש אינה גרועה יותר בהשוואה לאי רכישתה כלל. הנטל להוכחת התקיימות תנאי הדוקטרינה רובץ על כתפיהם של הצדדים למיזוג.

כפי שנראה מיד, המידע שהציגה גולן בנושא אינו מגבש אף לא אחד מהתנאים הללו.

ראשית, גולן לא הרימה, אף לא בקירוב, את הנטל לשכנע כי היא עשויה להפסיק את פעילותה בטווח הזמן הקרוב בשל חוסר יכולת לפרוע את התחייבויותיה.<sup>54</sup> המידע שמסרה גולן לרשות מלמד שבשנת 2015 היא הפיקה רווחים מפעילותה. אף אם מצב זה השתנה בשנת 2016, הרי שלא נעשה כל ניסיון לשכנע את הרשות כי אין אפשרות לשקם את החברה.

שנית, גולן לא מיצתה את האפשרות לחפש אחר רוכשים אלטרנטיביים לסלקום ואף לא הסמיכה גורם בלתי תלוי לעשות כן. ניסיונותיה של גולן למכירה נעשו באמצעות מינוי בנק השקעות לחפש קונה לחברה כאשר בנק זה תומרץ להתקשר עם נותן ההצעה הגבוהה ביותר. בהתאם לכך, ובניגוד לתנאים שנקבעו בגילוי הדעת, החיפושים שערך הבנק בניסיון למצוא קונה לחברה נראו כממוקדים בהתקשרות עם אחת המפעילות בעלות התשתית ואפיקים אחרים נזנחו ולא הועמקו. על פני הדברים, הבנק התמקד במכירה של גולן למרבה במחיר ולא למי שיכול ליצור אלטרנטיבה תחרותית לגולן. יתרה מזאת, המגעים מול אחד הרוכשים האפשריים נעשו באופן ישיר על ידי גולן ולא על ידי בנק ההשקעות ונגדעו באיבם מסיבות שנראות על פניהן כבלתי קבילות.

שלישית, היפלטותה של גולן מהשוק אינה בהכרח רעה יותר מן החלופה של רכישתה בידי סלקום. לעניין זה טענו הצדדים למיזוג באריכות, כי האפשרות של היפלטות גולן מהשוק תוביל להיווצרות נתחי שוק סימטריים בין ארבע המפעילות בעלות התשתית שיוותרו בשוק. נתחי שוק סימטריים הם, לשיטת סלקום וגולן, נחותים תחרותית מאישור המיזוג והיווצרות מבנה שוק שבו סלקום אוחדת בנתח שוק גדול משמעותית מזה של המפעילות בעלות תשתית האחרות.

אין באפשרותי לקבל את טענות הצדדים לעניין זה.

קודם לכל, בבחינה של טווח הזמן הקצר שלאחר יציאת גולן מהשוק, ככל שתצא, סביר כי תתפתח תחרות לגיוס לקוחות גולן שנפלטה מהשוק. מצב זה עשוי להביא למצב תחרותי עדיף על אישור המיזוג. אין אפשרות לקבוע מראש מה תהיה תוצאתה הסופית של אותה דינמיקה

<sup>53</sup> לפירוט בדבר הדוקטרינה ראו גילוי דעת 1/10 : דוקטרינת החברה הכושלת (25.1.2010) **הגבלים עסקיים** 5001563 (להלן: "גילוי דעת החברה הכושלת").

<sup>54</sup> שם, סעי' 3.1.



תחרותית בטווח הקצר ואין כל וודאות שדינמיקה כזאת תסתיים בסימטריה של השחקנים הנותרים בענף.

גם בהתבוננות צופה פני עתיד קשה לראות בטענת הצדדים בדבר עדיפותה של העדר סימטריה כמספקת. אומנם, סימטריה בנתחי השוק מצוינת כאחד המאפיינים המסייעים להיווצרות שיווי משקל מתואם. אולם במקרה דנן וכפי שפורט לעיל, גם בהעדר סימטריה מוחלטת קיים חשש להתנהגות מתואמת בשוק הרלוונטי. זאת ועוד. בבדיקת א-סימטריה והשפעותיה יש לתת משקל לתמריציה של הפירמה הקטנה ביותר בשוק הא-סימטרי שצפויה להיות בעלת התמריץ הגדול ביותר להפר את שיווי המשקל. התבוננות בנתחי השוק של המפעילה שתהא הקטנה ביותר ולכן, כביכול, בעלת התמריץ המשמעותי ביותר לחריגה משיווי המשקל, אינו מגלה יתרון מובהק למצב שעשוי להתקיים בעקבות אישור המיזוג. כך, אם נשווה בין נתח השוק הצפוי של המפעילה הקטנה ביותר בהנחה שהמיזוג יאושר ובין נתח השוק שלה בהנחה שגולן תפלט מהשוק ולקוחותיה יתפזרו בין יתר המפעילות לא יתגלו הבדלים ניכרים בנתחי השוק המצביעים על עדיפות לאישור המיזוג על פני הפלטות גולן מהשוק.

על כן, לא השתכנעתי בתחולת דוקטרינת החברה הכושלת במקרה זה.

### 7.3 אישורי מיזוגים המפחיתים את מספר המתחרים בשוק מחמישה לארבעה

טענה אחרת שהעלו הצדדים נגעה להעדר תקדימים, בדבר התנגדות למיזוגים במאפיינים דומים. כך, הצביעו הצדדים על העדר תקדים, לשיטתם, בהתנגדות הממונה למיזוגים בו פחת מספר המתחרים בשוק מחמישה לארבעה.

ניתוח מיזוגים אינו מתמצה ב"ספירת ראשים" של מספר השחקנים ומיזוגים שונים עשויים לעורר חששות תחרות גם בהינתן מספר שחקנים גבוה מחמישה. כפי שמסבירים המלומדים Areeda ו-Hovenkamp:

"Unhappily, neither economic theory nor empirical data permit derivation of a single set of numbers that fit every situation. An intrinsic difficulty ... is that the likelihood of substantial and persistent noncompetitive pricing is affected not only by the number of sellers but by several other factors."<sup>55</sup>

### 7.4 אישורי מיזוגים בתחום התקשורת הניידת באירופה

טענה נוספת שהעלו הצדדים נוגעת למיזוגים בתחום התקשורת הניידת שאושרו באירופה ובפרט למיזוגים מחמש חברות לארבע חברות ולמיזוגים שהותנו בתנאי מהסוג שהוצע על ידי סלקום. לטענת הצדדים, על בסיס החלטות אלה יש מקום לאשר את המיזוג שבפני.

ראשית דבר, בניגוד לחלק מההחלטות באירופה, בארה"ב החליט משרד המשפטים (Department of Justice – Antitrust Division) בשנת 2011 להתנגד למיזוג בין המפעילות AT&T ו-T-Mobile

<sup>55</sup> Areeda & Hovenkamp, supra note 32, ¶927b.



ראשית דבר, בניגוד לחלק מההחלטות באירופה, בארה"ב החליט משרד המשפטים (Department of Justice – Antitrust Division) בשנת 2011 להתנגד למיזוג בין המפעילות AT&T ו-T-Mobile שהיה צפוי להוביל להגברת החשש מפני יצירת שיווי משקל מתואם בשוק התקשורת הניידת בארה"ב.<sup>56</sup>

שנית, גם באשר למצב הדברים באירופה הטענה שהעלו הצדדים אינה מייצגת נאמנה את עמדת הנציבות האירופית, אשר בדומה לדברים שהוזכרו לעיל אינה רואה בניתוח מיזוגים בשוק התקשורת הניידת כעניין טכני הנופל לגדרה של תבנית ניתוח קבועה ומחייבת.<sup>57</sup>

אומנם, בשנים האחרונות אושרו באירופה מספר מיזוגים שהפחיתו את מספר המתחרים בתחום התקשורת הניידת לארבעה, ולעתים גם לשלושה מתחרים בלבד. עם זאת, כפי שפורט לעיל, הניסיון בישראל מעיד כי תחרות בין שלוש המפעילות הוותיקות לא הניבה תוצאות תחרותיות מניחות את הדעת. כפי שהוסבר בהחלטה זאת, גם בשוק בו יפעלו ארבע מפעילות בעלות תשתית מתעורר חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור.

שלישית, מרבית המיזוגים שאושרו באירופה הוכפפו לתנאים (כפי שהוסבר לעיל) לאחר שנמצא, כי הם עלולים לפגוע בתחרות. בין היתר נקבעו באירופה תנאים מבניים מובהקים של מכירת נכסים אולם אינדיקציות שונות מראות, כי גם בכפוף לתנאים אלה הובילו המיזוגים לפגיעה בתחרות.<sup>58</sup>

לבסוף, בניגוד לנטען על קיומה של מדיניות אירופאית של קונסולידציה בין מפעילות באירופה, אנו עשויים להיות עדים דווקא למגמה עדכנית של התנגדות למיזוגי בענף התקשורת הניידת באירופה. כך, בשנת 2015 התנגדה הנציבות האירופאית למיזוג בין שתי מפעילות תקשורת ניידת בדנמרק תוך שהיא דוחה את הצעותיהן לאשר את המיזוג בכפוף לתנאים<sup>59</sup> בדומה לכך, רשות התחרות האנגלית (CMA) הביעה רק לפני כשבוע התנגדות פומבית לאישור במיזוג הנבחן בימים אלה בנציבות האירופאית בין חברות הפועלות באנגליה בכפוף לתנאים מהסוג שהוצע לעיל.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> United States of America v. AT&T Inc., 1:11-cv-01560 (D.C. Compl. Aug. 31, 2011) - <https://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2011/08/31/Justice-ATT-T-Mobile-Complaint.pdf>

<sup>57</sup> הרצאתה של הנציבה האירופית, ג'י מרגרט וסטגר, על תחרות בשוקי הטלפון, פסי 3.2.1, מיום 2.4.15: [https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/competition-telecom-markets\\_en](https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/competition-telecom-markets_en) (להלן: "נאום הנציבה").

<sup>58</sup> ראו לדוגמא: European Commission, Ex-post analysis of two mobile telecom mergers:

: T-Mobile/tele.ring in Austria and T-Mobile/Orange in the Netherlands

.<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0215836enn.pdf>

<sup>59</sup> נאום הנציבה, בפסקה 3.1.

<sup>60</sup> CMA Competition and Markets Authority, Letter to Commissioner\_Margrethe\_Vestager re: Case M.7612 Hutchison 3G UK / Telefonica UK (11/4/2016):

[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/515405/CMA\\_letter\\_to\\_Commissioner\\_Margrethe\\_Vestager.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/515405/CMA_letter_to_Commissioner_Margrethe_Vestager.pdf)

## 8. סוף דבר

ענייננו במיזוג אופקי בין שתי חברות הפועלות בענף התקשורת הניידת. מיזוג זה מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות ולפגיעה בציבור, ובפרט מעלה חשש להפעלת כוח שוק מתואם אשר עלול להתבטא בהעלאת מחירים בענף התקשורת הניידת.

לנוכח האמור, ובהתאם לסמכותי לפי סעיף 21 לחוק, החלטתי להתנגד למיזוג זה.

החלטתי זו נתונה לערר בפני בית הדין להגבלים עסקיים, בהתאם להוראות סעיף 22 לחוק.

מיכל הלפרין  
הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, י"ג ניסן תשע"ו

21 אפריל 2016