



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

בעניין: בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד נ' זקלר ועו"ד ע' ארגוב

העוררת

נ ג ד

1. הממונה על ההגבלים העסקיים

ע"י עו"ד א' שוורץ, מהרשות להגבלים עסקיים

2. יורוקום די.בי.אס. בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד ד' שטרומ

המשיבות



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

תוכן עניינים:

סעיפי פסק הדין

	<u>המחלוקת</u>
26 - 1	
1	א. מהות הערר
3 - 2	ב. עמדת הממונה שביסוד הערר
7 - 4	ג. קשיים בעמדת הממונה
13 - 8	ד. יסודות עמדת בית הדין
17 - 14	ה. מספר עובדות רקע
23 - 18	ו. השווקים והתשתיות הרלבנטיים לדיון
25 - 24	ז. עיקר טענות הצדדים

נושא מחלוקת ראשון – האם סבירה טענת הקמת הפלטפורמה השלישית

	<u>העתידי לשידורי טלוויזיה רב-ערוצי</u>
51 - 26	
34 - 27	1. סבירות הקמת הפלטפורמה מבחינה טכנולוגית
36 - 35	2. הבחינה הרגולטורית
	א. האיסור לשדר שידורי טלוויזיה רב-ערוצי,
41 - 37	מכח כלל הבעלות הצולבת
	ב. איסור על חברות בנות של בזק לשדר
50 - 48	טלוויזיה רב-ערוצי
51	3. כדאיות השלמת התשתית אם יימנע המיזוג



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

פני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

נושא מחלוקת שני: קיום חלופות לטכנולוגיית ה-IPTV, הממזערות את משקל
כוחה העתידי של בזק ואת חשיבות התשתית הנוספת (ואת חשש הפגיעה

	<u>בתחרות)</u>
53 - 52	
53 - 52	א. טלוויזיית אינטרנט
	ב. Digital Terrestrial Tv - DTT –
53 - 52	טלוויזיה דיגיטאלית טרסטריאלית
53 - 52	ג. WIMAX

נושא מחלוקת שלישי – משמעות מימוש האופציות

57 - 54 ביחס למצב האחזקה הקיים

67- 58 יישום כלל השיקולים שנדונו בקביעת עמדת בית הדין

1. הבעיות הנובעות מהחזקתה הקיימת של בזק ב-YES
2. החששות העולים מעמדת הממונה

- א. חשש קביעת דמי המעבר באופן שיכשיל את המתחרים
- ב. חשש הימנעות בזק מכניסה עתידית לתחום שידורי
- טלוויזיה רב-ערוצית
- ג. חשש ניוון תשתית הלוויין

התנאים למיזוג – כפותרי הקשיים, לרבות אלו הקיימים ללא מיזוג 75 - 69

76

התנאים



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

פסק - דין

המחלוקת

א. מהות הערר

1. לפנינו ערר על החלטת הממונה להגבלים עסקיים (להלן: "ההחלטה"), להתנגד למימוש כתבי אופציות למניות די.בי.אס שירותי לויין (1998) בע"מ (להלן: "YES") המצויים בידי העוררת (להלן: "בזק" או "העוררת"), ובכך להגדיל את אחזקותיה ב-YES מ-49.78% ל-58.36% (להלן: "המיזוג"). החלטת הממונה נומקה בכך שמיזוג זה מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית. המשיבה 2 היא בעלת מניות ב-YES שהצטרפה להליך באישור בית הדין בשלב מאוחר, והתייחסה בעיקרו של דבר לתנאים שהוצעו על-ידי בית הדין לאישור המיזוג.

ב. עמדת הממונה שביסוד הערר

2. הממונה הצביעה בהחלטה שביסוד הערר על חששות לתחרות במישור אופקי ובמישור אנכי. בנימוקי ההחלטה נאמר- "בהיבט האופקי נמצא כי המיזוג צפוי לצמצם מאד, עד כדי איון ממש, של האפשרות לפיה תיכנס בזק בעתיד כשחקן שלישי לשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית באמצעות טכנולוגיית השידורים החדשה, ה-IPTV, טכנולוגיה הזמינה לבזק כבר כיום".

בהיבט האנכי סברה הממונה, כי המיזוג מעורר "חשש שמא בזק, שתספק לחברת הלוויין עת תהא בשליטתה, תשתית IPTV שברשותה, תקשה מאוד על כניסתם של שדרים



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

נוספים לשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית". עוד נאמר בנימוקים לעניין החשש האנכי- "עיקרו של החשש התחרותי האנכי, העולה מן המיזוג הוא כי בזק לאחר שתקים ותפתח את תשתית ה- IPTV ובהיותה בעלת השליטה בתשתית המלאה בחברת הלוויין, תבקש ליחד את פלטפורמת ה- IPTV לטובתה של חברת הלוויין בלבד, תוך דחיקתם או הצרת גישתם של מתחרים פוטנציאליים אחרים לשוק התוכן הרב ערוצי (foreclosure)".

3. לשיטת הממונה, משמעות המיזוג היא, בעיקרו של דבר, "אובדן מתחרה בשוק התשתית".

בסיכומי הממונה לפנינו נכתב:

"עמדת הממונה נשארה יציבה וברורה משלב ההחלטה במיזוג ועד עתה: מיזוגן של בזק ויס יוצר חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות נוכח הפסד תשתית עצמאית מתחרה בשוק התשתיות לטלוויזיה רב ערוצית וכן לאור התמריץ והיכולת הנוצרים לבזק לחסום מתחרים של יס שיבקשו לעבור על גבי התשתית של בזק" (עמ' 2).

ברוח דומה, בתשובת הממונה לערר, נכתב באותו הקשר "בהיבט התשתית יוביל המיזוג לאבדן מתחרה".

ג. קשיים בעמדת הממונה

4. כבר בפתח הדברים, נציין כי כינוי התשתית העתידית של IPTV בבזק כ"תשתית עצמאית מתחרה בשוק התשתיות לטלוויזיה" מעורר קשיים בעינינו. כך גם הביטוי "אבדן מתחרה". כאן רק נציין בקיצור, כי בשל היקף האחזקות העכשווי של בזק ב-YES, לא ניתן לבטל את משקל האינטרסים שלה כבר כיום, בכל הנוגע להצלחת YES, ועל כן, כבר בשל כך, קשה לראות בבזק "תשתית עצמאית מתחרה כלפי YES". מטעם זה, וכפי שנוסיף להסביר בהמשך הדברים, קיים קושי בעמדת הממונה, כי המיזוג הוא אשר יפגע פגיעה משמעותית בתחרות העתידית ביום בו בזק תוכל להעמיד תשתית של IPTV.



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

לשיטתנו, החשש המרכזי לתחרות נטוע במצב הקיים (לפני המיזוג), שבו בשל האינטרסים הקיימים של בזק לא יהיה לה לכאורה עניין להתחרות ב-YES בתחום התוכן, או לסייע למתחרים אחרים לעשות כן. מכאן, שיש קושי ממשי לראות את בזק במתכונתה העתידית כתשתית **שלישית** בשוק. לכן, להבנתנו, השלכת דברי הממונה בשבח התחרות בין התשתיות, אף שהם נכונים לגופם, אינה ברורה בנסיבות העניין.

5. נעבור לפירוט עמדתנו לגבי קשיי עמדת הממונה.

מצאנו מספר קשיים בעמדת הממונה ועסקנו בבירור משמעויותיהם. הקשיים הם:
א. אין מחלוקת כי כיום חל על בזק איסור רגולטורי לספק שירותי שידור, ועל כן, ללא שינוי במסגרת החוקית, ההערכה שהיא תספק שירותי טלוויזיה רב-ערוצית, אינה סבירה.

ב. הקושי שתואר לעיל: אין מחלוקת כי כבר במועד החלטת הממונה, שיעור האחזקה של בזק ב-YES עמד על כ-49%. במצב דברים כזה, האינטרסים הטבעיים של בזק מכתובים רצון להימנע מפגיעה ב-YES, דבר שאינו מניח יסוד טוב לתחרות ומקשה על האפשרות לראות בבזק, אף בהקשר של בעלת תשתית IPTV, "מתחרה עצמאית" בתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית.

ג. עמדת הממונה בנויה על הנחת התפתחויות עתידיות, שהסתברות קרותן אינה מחוורת. על-פי סיכומי הממונה, הדוקטרינה שהיא נשענת עליה היא דוקטרינת המתחרה הפוטנציאלי.

בסיכומי הממונה (בסעיף 168), נכתב לעניין זה:

"התנגדות הממונה למיזוג מבוססת על דוקטרינת המתחרה הפוטנציאלי. ניתוח השוק מראה כי קיימת סבירות גבוהה מאוד כי בזק תקים תשתית לטלוויזיה רב-ערוצית וכי תיכנס לשוק השידורים הרב ערוציים. שני שווקים אלה מתנהלים כיום במבנה של דואופול, הכולל את יס ואת הוט. על כן, כניסתה של בזק כמתחרה עצמאית עדיפה לאין שיעור



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

מכניסתה כבעלת השליטה ביס, שכן יש בכך בשורה תחרותית
של ממש. בהתאם, הפיכתה לבעלת השליטה ביס יוצרת חשש
סביר לפגיעה משמעותית בתחרות ובציבור".

6. דא עקא, שההערכה לגבי סבירות כניסת בזק לשוק השידורים הרב-ערוציים בנויה על שורת הנחות שטרם הפכו למציאות.

בזק בשלב זה אינה בעלת תשתית של IPTV, וקיימת מחלוקת של ממש בשאלה אם אמנם בעתיד (הקרוב, לשיטת הממונה), ללא המיזוג, תקים תשתית כזו; כמו-כן, בזק עצמה אינה גוף משדר, ובשלב זה, בשל בעלותה ב-YES, אף חל עליה איסור חוקי להיות כזו. גם אם יוסר האיסור הנזכר (ובנושא זה נדון באריכות להלן), על בזק לקבל החלטה להיעשות גוף משדר. בגדר החלטה זו יהא על בזק לשקול, בין השאר, את שאלת רצונה להתחרות ב-YES, ואת יכולתה לשנות את מפת המנויים הקיימת (דהיינו, יכולתה לצבור מנויים, בין השאר על חשבון חברת הבת שלה). לשון אחר: אין מדובר בדרך ברורה מראש.

יתר-על-כן, פסיקת בית המשפט העליון, בע"א 3398/06 **הרשות להגבלים עסקיים נ. דור אלון אנרגיה ישראל (1988) בע"מ** (תקדיון), הבהירה כי יש להיזהר בקביעת עמדה בתחום בו עסקינן, בהישען על הערכות עתידיות. אכן, כטענת ב"כ הממונה, הערת בית המשפט העליון בהקשר זה התייחסה (שם) בביקורת להערכות עתידיות, אשר לשיטת בית הדין הפיגו את חשש הפגיעה התחרותית, וזאת מול פגיעה ממשית בתחרות, שבית הדין הכיר בה. ואולם, מתוכן הדברים שם, עולה כי ביהמ"ש העליון שקל את העובדה שאירועי העתיד נתונים תמיד במידה של אי-וודאות לגבי עצם התרחשותם, ועל-כן, דיבר על מידת ההסתברות שהשינויים אכן צפויים להתממש. להבנתנו, שאלת ההסתברות לקרות השינוי עמדה בבסיס הנמקתו.

בית המשפט העליון כתב שם (בסעיפים 54, 55):

"הליך זה מעלה את השאלה עד איזה גבול רשאית הרשות המוסמכת להתחשב בהערכות עתידיות לשינויים צפויים



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

04/02/2009

העשויים להתחולל בשוק, בבואה להחליט בדבר מיזוג המתבקש כיום. התשובה לשאלה זו מצויה במבחן הסבירות המשקלל את מידת ההסתברות שהשינויים אכן צפויים להתממש, ומידת השפעתם על התחרות באם יתממשו. שיקולים אלה יש להעמיד כנגד עוצמת הפגיעה בתחרות הצפויה מהמיזוג על-פי נתוני השוק העכשוויים. בהערכת הסתברותם של השינויים הצפויים ומידת השפעתם הצפויה על התחרות, ראוי להבדיל בין תהליכי שוק טבעיים הצפויים להתרחש בשים לב לאופיו של השוק בעת הדיון במיזוג, לבין תהליכים שכל כולם מותנה במדיניות מכוונת של השלטון. התהליכים האחרונים מעצם טבעם נושאים מימד של חוסר וודאות, שכן שלטון בא ושלטון הולך, ומדיניות כלכלית משתנה לא אחת על-פי רוחו של השלטון הקיים ועל-פי נתונים מתחדשים בשטח. מה שהייתה החלטת הפרטה של בז"ן בדצמבר 2004, אינה בהכרח מדיניות שתאומץ בחלקה או במלואה שנים לאחר מכן. הדעת נותנת, כי מתן משקל משמעותי להערכה בדבר שינויים צפויים בשוק לצורך החלטת מיזוג יעמוד במבחן הסבירות המשפטית בנסיבות בהן הצפי לשינוי מצוי בדרגה גבוהה של הסתברות להתממשותו. הוא מותנה בכך שהנתונים בדבר השינוי הצפוי ידועים מראש וברורים. לפיכך, רק שינויים שהתממשותם ניתנת לצפייה במידה קרובה לוודאות, ואשר תוצאותיהם לגבי התחרות עומדות ברמה גבוהה של הסתברות, הם בעלי מעמד בעל משקל במערכת השיקולים הבוחרת את מידת הפגיעה הצפויה בתחרות ממיזוג מבוקש."

אכן, אי-וודאות היא אינהרנטית לכל אירוע עתידי, על-כן ברור החשש מפני הישענות על הערכה בדבר התרחשותו. בשל טעם זה, להבנתנו, מלמדת פסיקה זו באופן כללי על הזהירות המתבקשת בבניית תרחישים עתידיים לגבי ההשפעה הכלכלית של המיזוג ומחלישה את משקל התרחישים העתידיים, ככל שהסתברותם אינה גבוהה. מאחר



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**פני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

שכל התרחיש שנבנה על-ידי הממונה לצורך התייחסותה למיזוג הוא עתידי, יש לבדוק היטב את מידת ההסתברות של כל רכיב ורכיב.

7. בהקשר זה של מידת הוודאות, נוסף כי הממונה טוענת שהמיזוג עתה **ינציח את החשש של איבוד פלטפורמה מתחרה**. מקובל עלינו שמעשה שנעשה בהווה הוא לעיתים **בלתי הפיך**, וככזה - עלול למנוע בעתיד מצב של תשתית עצמאית, אבל כבר נאמר כי תרחיש כזה, לפיו בזק תפעל כתשתית עצמאית המוכנה להתחרות, הוא ממילא בעייתי וסיכויי הסתברותו אינם ברורים, ועל כן, בסופו של דבר, טענת "ההנצחה", חרף הגיונה לכאורה, אינה יכולה לעמוד לבדה ללא חיזוק ממשי.

בנוסף, להערכתנו, התמונה לפיה פלטפורמות חלופיות לא יאפשרו שידורי טלוויזיה נכונה להיום וככל הנראה לשנתיים - שלוש הקרובות, אך אינה תמונה יציבה בכל הנוגע לעתיד היותר רחוק מזה. בנושא זה נעסוק בסעיפים 52-53 לפסק הדין. להערכתנו, על יסוד חוות הדעת של ד' רוזן, תמונת הפלטפורמות תשתנה באופן משמעותי בעוד מספר לא רב של שנים, בעיקר בשל תשתית רשת האינטרנט. "ההסתברות להצלחה ביישום של טלוויזיית אינטרנט הולכת וגדלה עם השנים" (חוות דעת מיום 27.5.08, עמ' 16). המציאות מלמדת כי חברת פרטנר מספקת כבר כיום שירותים כאלה (אם כי למחשב ולא לטלוויזיה). לכן, נראה כי חשיבות הפלטפורמה שתהא בבעלות בזק בשוק הרלבנטי, אם אכן היא תשלים את הקמתה, תלך ותפחת.

ד. יסודות עמדת בית הדין

8. נציין בראשית הדברים, כי למחלוקות שבין הצדדים היבטים טכנולוגיים, ולצורך הבנתם נתמנה על ידינו המומחה **דניאל רוזן**. רוזן הוא מומחה בעל שם בתחום התקשורת, שמומחיותו ומקצועיותו לא היו במחלוקת. דבריו של רוזן היו משמעותיים ביותר בקביעת דרכנו בתיק זה.



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

9. לאחר שבחנו את כלל החומר שעמד לפנינו, לרבות עדות המומחה רוזן, הגענו למסקנה כי חזון הממונה, לפיו תקום תשתית מתחרה עצמאית לשידורי הטלוויזיה אם המיזוג לא יתרחש, אינו מבוסס דיו.

להלן נפרט את הנתונים, אמות המידה והשיקולים שהובילו אותנו למסקנתנו זו. כאן נתאר את המתווה הכללי של הדרך בה צעדנו.

10. נתחיל בהצגת המבחן שנקבע בחוק.

בה"ע (י-ם) 613/05 דור-אלון אנרגיה ישראל (1988) בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (נבו, סעיף 17 לפסק הדין), ציין בית הדין כי בחינת מיזוג בבית הדין נעשית על-פי המבחן הקבוע בסעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988. סעיף זה עוסק בדרך בה על הממונה לפעול, ובית הדין הבהיר כי מהוראתו של סעיף 21 נגזר גם שיקול הדעת של בית הדין. סעיף 21 קובע:

"21. (א) הממונה יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים

אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי

שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או

ייפגע הציבור באחת מאלה:

(1) רמת המחירים של נכס או של שירות;

(2) איכות נמוכה של נכס או שירות;

(3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות,

או סדירות האספקה ותנאיה".

בית הדין הוסיף וציין (שם), כי על פי נוסחו של סעיף זה, רק פגיעה משמעותית בתחרות מצדיקה התנגדות למיזוג, וכי הפסיקה הבהירה, כי יש לפרש גם את הסיפא של הסעיף (מהמילים: "או יפגע הציבור" וכו') כמתייחס לפגיעה של ממש, כנובע מהאמור ברישא. מהוראה זו עולה, כי נוסחת האיזון אינה מסתפקת בפגיעה קלה בתחרות, כפגיעה המונעת מיזוג.



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

עוד ציין בית הדין שם, כי בדו"ח הוועדה הציבורית למיזוגים וקונגלומרטים, נאמר: **"אין כל מקום להתייחסות שלילית מוקדמת כלפי מיזוגים"** (הפרקליט מ' 559, 564), וגישה זו מונחת ביסוד גישתו הבסיסית החיובית של המחוקק למיזוג, אשר מצאה ביטויה, בין השאר בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 2247/95, **הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל**, פ"ד נב(5) 213, בגדרו נאמר:

"בענייננו – במיזוג – להבדיל ממנופולין – שונים פני הדברים והמחוקק הוא שקבע את נוסחת האיזון בין זכותן של חברות לפעול כהבנתן (קרי: להתמזג, או בענייננו – זכותה של תנובה לבצע רכש של חברה אחרת, שאף זוהי כמבואר פעולת מיזוג), לבין האינטרסים המוגנים על ידי סעיף 21 לחוק. אינטרסים אלה הם התחרות באותו ענף וכן רמת המחירים, איכות האספקה, כמותה וסדירותה. המחוקק השמיע לנו את דעתו כי החשש צריך להיות חשש סביר והפגיעה בה מדובר היא פגיעה משמעותית".

בעניין **דור אלון**, הוסיף בית הדין כי השאלה על מי מוטל נטל ההוכחה הושארה בצריך עיון בע"א 2247/94 **תנובה הנ"ל**. ואולם, שם כי לשיטתו הקביעה שעל המתנגד למיזוג הנטל להוכיח כי המיזוג פוגע באופן משמעותי בתחרות, כנובע מכך שהתערבות בזכות להתקשר על דרך מיזוג היא בגדר הגבלה ופגיעה בזכויות יסוד. לא ניתן לפגוע בזכויות יסוד ללא ראיות של ממש לפיהן הפגיעה הכרחית. כך בוודאי, שעה שגישת המחוקק ביסודה חיובית כלפי המיזוג. בערעור בעניין **דור אלון** (ע"א 4364/06) העדיף בית המשפט העליון להותיר את שאלת הנטל עדיין בצריך עיון.

השאלה בה עלינו לעסוק היא, אפוא, **אם כלל הנתונים שהובאו לפנינו לגבי השוק הרלבנטי מבססים "חשש סביר" לכך שכתוצאה מן המיזוג תיגרם פגיעה משמעותית בתחרות**. **"החשש הסביר"** נבחן על פי מאזן ההסתברות האזרחי, כעולה מהחלטת בית הדין בערר 2/94, **תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (נבו), בה נאמר:



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

"מידת ההסתברות לקיומה של פגיעה צריכה להתבטא בחשש
סביר, כלומר חשש לפי מאזן ההסתברות הנהוג במשפט
אזרחי".

11. כפי שנפרט בהמשך הדברים, הניתוח הכלכלי שביסוד עמדת הממונה מניח התפתחויות עתידיות, שלמצער לחלק מהן ניתן ליחס הסתברות נמוכה, ובסך הכל, לשיטתנו, גם אם ניתן להכיר בחשש לפגיעה ממשית בתחרות, אין לומר כי מדובר בחשש שהסתברות התממשותו עולה על 50%. בשל כך, אין בידנו להסכים עם עמדת הממונה, לפיה המיזוג יפגע באופן משמעותי בתחרות.

יחד עם זאת, מקובל עלינו כי הגדלת שיעור האחזקה של בזק ב-YES מחזקת את האינטרסים של בזק ב-YES, ואף תקנה לה שליטה ב-YES, ואנו מסכימים שחשוב להבטיח ראשית את הקמת התשתית (IPTV), ואם תוקם, את האפשרות שהתשתית תועמד לרשות גופים אחרים שיתחרו ב-YES. לכן, למקרה שבו אמנם יתממשו כל הערכות העומדות ביסוד עמדת הממונה – אשר לגביו קבענו שהסתברותו נמוכה – ראינו לנכון להעמיד למיזוג תנאים, מכח ההשקפה שניתן להקטין באופן משמעותי את משמעות המהלך של השגת שליטה של בזק ב-YES, מה גם שהעוררת ראתה לנכון להסכים לעצם העמדתם, ואף הסכימה קונקרטיית לחלק מהם.

בהקשר לנושא העמדת התנאים, נציין כי בעניין דור אלון הנ"ל, התייחס בית הדין גם לגישה לפיה יש למצות את האפשרות להתנות את המיזוג בתנאים לפני קבלת המסקנה שאין לאשרו. "גישה זו" נאמר שם, "מיוסדת על ההלכה הבסיסית, לפיה אין להגביל זכות יסוד אף לתכלית ראויה – ובמקרה דנן מדובר בזכות להתקשר ולפעול באופן אוטונומי בכל הנוגע לקניין – אלא באופן מידתי. מהלכה זו נובע כי, יש להעדיף ככלל דרך פוגענית פחות כדי להגיע לתוצאה הרצויה". ראו: בג"צ 2056/04, מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807.



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

במהלך הדיון הצענו לצדדים מערכת תנאים במסגרת הצעת פשרה. עיקרם של התנאים שהוצעו הוצג לצדדים בהחלטה שיצאה לאחר ישיבת בית הדין מיום 14.8.08. בתגובה הודיע ב"כ הממונה, כי לשיטת הממונה לא ניתן לאשר את המיזוג בתנאים, ולכן נמנע מלהתייחס לתנאים לגופם, והתייחס לעצם העמדתם בלבד. המערערת הסכימה בעקרון לקבלת התנאים, אך ביקשה לשנותם בנקודות מסוימות. המשיבה 2 סברה כי ניתן לאשר את המיזוג בתנאים, אך יש לשנות את התנאים שהוצעו מיסודם.

הנחתנו היתה, שהממונה תוכל לבחון את התנאים גם באמצעות משרד התקשורת. אי-הנכונות של הממונה לעשות כן העמידה לפנינו אך ורק את התייחסות הצדדים המערובים האחרים, ואולם, הסתייענו בהקשר הרגולטורי גם במומחה רוזן, אשר, בין השאר, שימש כמנכ"ל משרד התקשורת בשנים 2001-1997. תנאים אלו, שיפורטו להלן, לא רק ימנעו פגיעה בתחרות אם יתממשו כל תחזיות הממונה, אלא גם יביאו להבנתנו לשיפור המצב התחרותי, אף ביחס למצב הקיים שהממונה מבקשת להותירו בעינו. כבר נאמר לעיל, שהבעייתיות בהיבט התחרותי גלומה במצב הקיים של אחזקות בזק ב-YES. הסבר משמעות כל תנאי יובא בסופו של פסק דין זה, בצד התנאים.

12. לאור עמדתנו, כי לא הוכח חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, אותה נבסס להלן, עולה השאלה האם לבית הדין סמכות לאשר את המיזוג בתנאים מבלי לקבוע כי הוכח "חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות". סעיף 21 שהובא לעיל, מציב באותה שורה את ההתנגדות למיזוג ואת העמדת התנאים. לשיטתנו, במקרה דנן, ניתן להעלות על הדעת חשש לפגיעה משמעותית בתחרות, **אבל לא ניתן לומר כי רמת החשש בשלב זה היא ממשית דיה. לכן אין מדובר בחשש סביר**, דהיינו, חשש שהסתברותו גבוהה מ-50%. אולם אין אנו שוללים לחלוטין התממשות החשש. מדובר, כפי שנוסיף ונדגיש, בהתרחשות עתידית בעלת הסתברות נמוכה, שהתממשותה אינה בלתי אפשרית. בנסיבות אלו, אנו סבורים כי בסמכותנו להעמיד תנאים המניחים לצורך העמדתם פגיעה משמעותית בתחרות (בהנחת התממשות החששות), מה גם שהעוררת לא עוררה קושי מהיבט הסמכות, והבהירה כי אם תבחר במיזוג מקובל עליה שמיזוג זה יותנה בתנאים.



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

עוד נטען לפנינו ע"י ב"כ הממונה, כי אין זה מסמכות בית הדין להתנות תנאים לשיפור התחרות, והוא מוגבל להתניית תנאים למניעת פגיעה בתחרות. לשיטתנו, התנאים המיועדים לשיפור התחרות – במידה שניתן לראות בחלק מהתנאים שהעמדנו תנאים כאלו – הם נלווים לתנאים המונעים פגיעה בתחרות, ואין הם העיקר. בנוסף, המציאות מלמדת, כי לא פעם אישר בית הדין תנאים למיזוג או להסדר כובל בהם תמך הממונה על הגבלים עסקיים, ואשר למעשה נועדו לשיפור התחרות, חרף הפגיעה שבאישור ההגבל העיסקי. נוסף, כי מקובלים עלינו הדברים שנאמרו על-ידי בית הדין בה"ע 7005/02 די.בי.אס שירותי לויין (1998) בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח' (נבו):

**"שלישית, הפיקוח על המיזוגים נועד למנוע יצירת כח שוק
עקב המיזוג, אך הוא לא נועד לשמש ככלי להכנסת רפורמות
כוללות בשוק בהיבטים שאינם קשורים למיזוג" (סעיף 58).**

ואולם, נוסף עליהם, כי להבנתנו אין לשלול את התנאים אם הם מבצעים רפורמה בשוק המועילה לתחרות, ובתנאי שהם בעיקרו של דבר מונעים את הפגיעה בתחרות.

13. בהקשר לתנאים, עלתה גם השאלה מהם התנאים שרצוי להעמידם – האם הכרחי שהתנאים יהיו מבניים, או די בתנאים התנהגותיים. התנאים שהצענו הם בעיקרם תנאים התנהגותיים ואינם תנאים מבניים. דהיינו, אין הם מביאים לפתרון מבני בשוק, אלא מיועדים להשפיע על התנהגות הגופים הפועלים בשוק. הממונה שמה לה למטרה **תחרות בין תשתיות**, ולשיטתה, המיזוג יעורר קשיים מבניים, ולכן אין די בתנאים התנהגותיים להשגת מטרה זו. בהקשר זה, נעיר כי אנו מכירים בחשיבות מטרת הממונה להגיע לפתרון מבני. אין מחלוקת שמצב שבו קיימות שלוש תשתיות לטלוויזיה רב-ערוצית, אשר מהוות יסוד לתחרות בתחום השידור, עדיף מבחינה תחרותית על מצב שבו שתי תשתיות בלבד, וזאת גם אם מתלווית לאחרון הסדרה רגולטורית אינטנסיבית. גם לשיטתנו, עדיף שהשוק יסדיר את התחרות ולא הרגולטור, ואולם, כאמור, ההסתברות לקיום תחרות בין תשתיות בעתיד (שבשתיים מהן מחזיקה בזק), היא נמוכה, ובמצב דברים זה, הצבת תנאים היוצרים שינוי מבני – כגון כפיית בזק להתנתק מאחת התשתיות – היא לשיטתנו בלתי מידתית. זאת, מאחר שיש בכך פגיעה של ממש בזכות הקניין, בהעדר חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. עם זאת, התנאים שהעמדנו מחייבים את העוררת להקים תשתית



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

נוספת ולבחור באחת התשתיות, במגמה למתן את השפעת האינטרסים הנובעים מבעלותה על שתי תשתיות, ולהבהיר לה כי עד שיווצרו תנאים נוחים לתחרות, רווחיה מאחת מהן ינבעו אך ורק מהעמדתה לשימוש גופים משדרים אחרים. באופן כזה, אנו סבורים כי התנאים מקרבים את תמונת השוק לתמונת שוק שמבנהו טוב לתחרות. הסבר מפורט יותר לגבי התנאים ומטרתם, יובא להלן.

נעבור עתה לדיון מפורט בשווקים בהם עסקינן ובטענות הצדדים לגביהם.

ה. מספר עובדות רקע

14. בזק, שהיא חברת התקשורת הגדולה בישראל, הנה חברה ציבורית החולשת על מספר תחומי תקשורת: אספקת טלפוניה קווית, תשתית אינטרנט, סלולאר. כמו-כן, פועלת בזק בשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית באמצעות אחזקותיה ב-YES.

15. חברת YES הנה חברה פרטית בבעלות בזק (49%), יורוקום די.בי.אס בע"מ (32%) ואחרים, העוסקת באספקת שירותי טלוויזיה רב-ערוצית באמצעות לוויין. חברה זו מהווה כיום אחת מבין שני הספקים היחידים בשוק התשתית לשידורי טלוויזיה רב-ערוצית ובשוק אספקת שידורי טלוויזיה רב-ערוצית.

16. קבוצת יורוקום היא בין קבוצות התקשורת הגדולות בישראל. פעילותה בתחום התקשורת מוצאת ביטוי בתחומים רבים: שירותי טלפוניה, תמסורת נתונים ואינטרנט באמצעות חברת 012 סמייל תקשורת בע"מ, שירותי טלוויזיה רב-ערוצית באמצעות YES, פעילות בתחום תשתית הלוויין באמצעות חברת חלל תקשורת (החברה המספקת את מקטעי החלל הנחוצים ל-YES לצורך שידור טלוויזיה רב-ערוצית בלוויין) שירותי לוויין באמצעות החברות סאטלינק וגילת סאטקום, פעילות בתחום ייבוא ציוד קצה בתחום הטלפוניה ושותפות בפורטלים ובתחנות רדיו אזוריות (רדיוס FM 100 ורדיו השפלה).



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

17. ביולי 2004 הוגשה לממונה הודעת מיזוג דומה, אשר גם היא הייתה מביאה את בזק לשליטה משמעותית ב-YES (מעל ל- 50% שליטה). מיזוג זה אושר, תוך שהועמד תנאי שעניינו איסור למשך תשעה חודשים על העברת מימון מבזק ל-YES באופן העולה על חלקה היחסי של בזק ב-YES. הממונה תמכה אז באישור המיזוג בתנאים. הנושא אף הגיע לבית הדין בתיק ה"ע 605/05. לרשות בזק ניתנה שנה להשלמת המיזוג, אך האחרונה בחרה, מטעמיה שלה, להימנע מלבצעו. הערר הוגש ביום 15.5.07.

ה. השווקים והתשתיות הרלבנטיים לדין

18. ביום 2.8.06 הגישה בזק לממונה את הודעת המיזוג הנדונה. ביסוד הודעת המיזוג מונח רצונה של בזק לממש את זכויותיה על פי שישה כתבי אופציה המצויים ברשותה. ההודעה נבחנה על-ידי הממונה, שהביעה ביום 31.12.06 את התנגדותה למיזוג. ביום 18.2.07 פורסמו נימוקי ההתנגדות למיזוג.

19. ניתוח כלכלי מלמד, כי שוק הטלוויזיה הרב-ערוצית מורכב משני שווקים משניים: **שוק התשתית לשידור ושוק שידורי הטלוויזיה**. שני שווקים אלה מאופיינים בחסמי כניסה תמירים - שמתבטאים **בשוק התשתית** בצורך בהקמת תשתית של מרכזי שידורים (שעלותה גבוהה) מערך הפצה קרקעי או לוויני, ובהצבה של ממירים המפענחים את אות השידורים, שרובם כיום דיגיטאלי. השקעות אלו הסתכמו במיליארדי שקלים עבור כל אחת מהפלטפורמות האמורות (הוט ו-YES). **בשוק שידורי הטלוויזיה** מתבטאים החסמים בצורך בקבלת רישיון כללי לשידורים ממשד התקשורת, בצורך בקניה ובייצור של תוכן על-ידי חתימה על הסכמים עם גורמי תוכן שונים בארץ ובח"ל, ובבניית מותג ושימורו. חסמים אלה נמוכים מחסמי התשתית.

20. כיום פועלות בשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית שתי שחקניות בלבד, אשר משמשות הן כמשדרות והן כספקיות תשתית (הוט ו-YES). עד היום ההבחנה בין השווקים לא הייתה בעלת חשיבות מעשית גדולה, כי הייתה קיימת זהות בין ספקי התשתית לשידורי טלוויזיה



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

רב-ערוצית לבין זהות ספקי השידורים. ואולם, אין הכרח שהתשתית והשידורים יסופקו שניהם על ידי אותו גוף.

21. מהאמור עולה, כי כיום קיימות בישראל שתי פלטפורמות לשידורי טלוויזיה רב-ערוציים - תשתית הכבלים ותשתית הלוויין. נציין כבר כאן, כי התשתית הלוויינית נמצאת בחסר טכנולוגי בהשוואה לזו של הכבלים, מאחר שלא קיימת בה האפשרות לערוץ שידור חוזר המשמש (בין היתר) לשם יישום שירות VOD – Video On Demand.

לפי רוזן (חוות דעת מיום 1.7.08 עמ' 5-2), המערכת שאנו נוהגים לכנות כתשתית הלוויין (להלן: הלוויין), היא מערכת שידור וקליטה באמצעות לוויין, המורכבת משלושה מרכיבים עיקריים: (1) **מרכז מערכת השידור** – המהווה מערך לקליטה, אריזה, הפצה וניהול של התכנים, וכולל מערך לקליטת שידורי טלוויזיה (אנטנות מסוגים שונים), מערך תמסורת, מערך אחסון ושידור חוזי, מערך דוחסי חוזי, מערך בקרת גישה ומערכת תוכנה העוסקת בכל נושאי ניהול המערכת. (2) **מערכת השידור הלווייני** – מערכת זו כוללת מקטע קרקעי המהווה תחנת שידור לוויינית, ומורכבת מאנטנת צלחת גדולה עם משדרים בהספקים (YES משתמשת בשתי תחנות כאלה), ומקטע חלל. מקטעי החלל הם המשיבים (Transponders) הממוקמים בלוויין, ומאפשרים שידורים על גביו. מפעיל שידור טלוויזיה רב-ערוצי בלוויין כדוגמת YES, חייב להשתמש במספר משיבים, כדי לאפשר שידור מספר רב של ערוצים. בכדי לעשות כן דרושה תקופת החכרה ממושכת של משיבים. על-פי הדו"ח התקופתי של חברת בזק לשנת 2007, YES עושה שימוש ב-13 מקטעי חלל, אותם חכרה לתקופה של 12 שנה עד לשנת 2016 (ראו: חוות הדעת, שם, עמ' 3). (3) **מעריך קליטה בבית הלקוח** – המערכת מורכבת משלושה אלמנטים עיקריים: (א) אנטנת קליטה. (ב) מערכת הפצה קואקסיאלית – להעברת האותות מאנטנת הקליטה לדירות המנויים. (ג) ממירים – המותקנים בסמוך לכל טלוויזיה הקולטת את שידורי הלוויין.

נציין עוד, כי אמנם תשתית הלוויין הינה אחת מבין שתי התשתיות היחידות בשוק, אך כאמור, תשתית זו הינה תשתית מוגבלת ביחס לתשתיות אחרות, ועל כן אין היא יכולה להתחרות בהן באופן מלא.



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

22. מהבחינה הטכנולוגית, ביסוד עמדת הממונה, מונחת הערכה לפיה בשנים הקרובות עתידה להתווסף פלטפורמת שידור נוספת, שתסופק על-ידי טכנולוגיית ה-IPTV, אשר תוקם על תשתית ה-ADSL של בזק. כיום מוצעים שירותי IPTV בעולם בידי למעלה מ-40 חברות טלקום, מהן ותיקות, המקבילות לבזק בישראל, לצד מפעילי תקשורת חדשים. תשתית זו מאפשרת גם שירותים הידודיים (אינטראקטיביים), ומתן שירותי VOD.

23. טכנולוגיית ה-IPTV פועלת על גבי תשתית הרשת הנייחת, ומבוססת על "רשת סגורה" ו"מנוהלת", העושה שימוש בפרוטוקול האינטרנט (IP - internet protocol). בגדר טכנולוגיה זו, הממיר מבצע עבור הצופה את הקשר לכתובת IP של מקור השידורים, בהתאם למספר הערוץ שנבחר על-ידי הצופה. מדובר בטכנולוגיה המסוגלת לשמש תשתית להעברת מספר רב של ערוצים, והמאפשרת לגופי תוכן רבים להציע שידור על גבי התשתית זה לצד זה, מבלי שהאחד יבוא על חשבון השני. בשונה מטכנולוגיית תשתית הכבלים ומטכנולוגיית תשתית הלוויין, לטכנולוגיה זו יכולת שלא לשדר אות זהה לכלל המנויים או לחסום ערוצים מסוימים. בשידור כזה התוכן הנבחר על-ידי הלקוח משודר ישירות לממיר של אותו לקוח, בין אם מדובר בערוץ בשידור ישיר ורציף, בשידור Multicast (המיועד לכל הלקוחות) או בשידור Unicast (המיועד ללקוח ספציפי) ובין אם מדובר בתוכן מאוחסן (כדוגמת ה-VOD), כך שרוחב הפס מנוצל אך ורק לשידורים שנצפים על-ידי הצרכן.

ה. עיקר טענות הצדדים

24. מהאמור לעיל עולה, כי חשש הפגיעה בתחרות שהובע ע"י הממונה מבוסס על העובדה ש-YES שולטת בפלטפורמת הלוויין, והמיזוג יגרום למצב בו לאחר הקמת תשתית ה-IPTV תשלוט בזק על שתי פלטפורמות לשידור טלוויזיה רב-ערוצית מתוך שלוש הפלטפורמות שיתקיימו. הממונה אף חוששת, שבשל המיזוג לא תוקם הפלטפורמה הנוספת. אליבא דממונה, המיזוג יוביל לקיבוע הריכוזיות בשוק וימנע תחרות שיכולה הייתה להיווצר ללא המיזוג. לשיטת הממונה, לו היה המיזוג יוצא לפועל, הדבר היה מונע



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

מהצרכנים ומהציבור הישראלי תשתית מתחרה נוספת לשידורי טלוויזיה רב-ערוציים, והפגיעה תתבטא בעיקר בשני תחומים: **האחד**, פגיעה כלכלית בתחרות, דהיינו: ברמת המחירים ו/או האיכות של השידורים, **והשני**, חסימת מתחרים פוטנציאליים של YES שיבקשו לעשות שימוש בפלטפורמת ה-IPTV, ובכך שלילת במה ציבורית להשמעת דעות והעברת מסרים אל הציבור הישראלי.

25. בזק טוענת מנגד, כי במישור הטכנולוגי ההערכה כי פלטפורמות ה-IPTV תהיה זמינה לה בזמן הקרוב, אינה נכונה. כמו-כן, טוענת בזק, כי קיימות חלופות לפלטפורמה זו, ויש להביאן בחשבון בבניית מפת התחרות העתידית. בזק מוסיפה, כי עמדת הממונה מעוררת את השאלה האם השינוי ברמת האחזקה שלה באמצעות מימוש האופציות ב-YES הוא משמעותי, שהרי גם במצב הקיים לבזק אינטרסים בחיזוקה של YES ובשמירת האינטרסים שלה. נעבור לדיון בשלושה נושאים אלו, שהם צמתים חשובים במחלוקת.

נושא מחלוקת ראשון – האם סבירה טענת הקמת הפלטפורמה השלישית העתידית לשידורי טלוויזיה רב-ערוצית

1. סבירות הקמת הפלטפורמה מבחינה טכנולוגית

26. ברי, כי התשובה לשאלה אם צודקת הממונה בהערכתה כי ללא המיזוג בזק תקים את פלטפורמת ה-IPTV, בעלת משקל רב בהתייחסות למיזוג, שהרי אם ממילא לא תקים בזק את הפלטפורמה הנוספת, אין הצדקה להתנגד למיזוג. בזק טוענת, כי הניתוח הכלכלי שעליו מבוססת החלטת הממונה שגוי. לדבריה, אין וודאות שהיא תקים את פלטפורמת ה-IPTV. זאת בשל מספר סיבות:

א. שירות זה אינו נחוץ לה, מהטעם שהיא כבר "שולטת" ב-YES.



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

ב. עומד בפניה חסם כניסה רציני לאספקת שירותי ה-IPTV, מאחר שנדרש שדרוג תשתית ה-ADSL שלה לתשתית NGN ברמה שתאפשר זאת, דבר אשר מצריך השקעות עתק אשר לא בהכרח ישתלמו, כעולה מהעובדה שהצלחת שידורי ה-IPTV במדינות בה נוסתה טכנולוגיה זו אינה גדולה (יש לציין, כי המומחה רוזן הבהיר, כי לאורך הדיון קיים בלבול בשמות המושגים, וכי את תשתית ה-ADSL משדרגים ל-NGA (דהינו- יש להבחין בין שדרוג רשת הגישה לבין שדרוג כולל של רשת ציבורית) וכי המונח "תשתית IPTV" מערבב בין רשת בזק ציבורית לבין מוקד של מפעיל שירותי IPTV, ואולם, אנו נבחן את טענות הצדדים כפי שהועלו).

נציין כאן, כי הכינוי של התשתית החדשה הוא כינוי גנרי לרשתות תקשורת המבוססות על בסיס טכנולוגיה של IP (Internet Protocol), שמאפיינן המרכזי – האפשרות לשלב סוגים שונים של שירותים (טלפוניה, נתונים, אינטרנט, חוזי, טלוויזיה ועוד) על רשת אחת, באופן כזה שניתן לספק שירותים מרשתות גישה שונות ובטכנולוגיה שונה. לשם מתן שירותים אלה, יש צורך בתשתית בעלת רוחב פס גדול יחסית, ואכן בזק הודיעה כי על-ידי תשתית זו היא תספק רוחב פס גבוה מאוד, עד לכ- 50 מס"ש (ראה הודעה לעיתונות באתר בזק, חוות דעת רוזן מיום 23.7.08). נציין, כי רוחב הפס המכסימאלי המסופק כיום עומד על 8 מס"ש למספר מוגבל של משתמשים, ובפועל מבחינה טכנית, בשיטות העבודה הנוכחית חברת בזק מסוגלת לספק שירות ברוחב פס של 5 מס"ש לאחוז גבוה מהמנויים (ל- 46% עד 97% מלקוחותיה), (חוות דעת רוזן מיום 23.7.08, עמ' 14, 15).

ג. עומדים בפניה חסמים רגולטורים המונעים כניסתה לתחום שידורי ה-IPTV. על-פי טענה זו, גם אם יוסרו החסמים הקיימים, התנאים הרגולטורים לכניסתה של בזק לתחום אינם ידועים, ולכן אין אפשרות לקבוע שתעשה זאת.

27. את שתי הטענות הראשונות דוחה הממונה בנימוקים הבאים:

א. שירותי ה-IPTV יכול לשמש כפלטפורמה נוספת להעברת טלוויזיה רב-ערוצית, אך משמש גם תשתית משלימה לחברות הלוויין לצורך העברת שידורי ה-



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

VOD, ומשכך מהווה הוא שירות חשוב ל-YES ולכן גם לבזק, למניעת נחיתות תחרותית מול הוט.

ב. שירותי IPTV מוצעים על-ידי יותר מ-40 חברות טלקום ברחבי העולם. מדובר במגמה עולמית כוללת, אשר אין מקום להניח שתפסח על ישראל. בכלל זה מצויות מדינות בעלות מאפיינים דומים למדינת ישראל.

ג. בזק כבר צלחה למעשה את רוב חסמי הכניסה להקמת התשתית לשידורי טלוויזיה רב-ערוצית, ונותר לה לבצע שדרוג תשתיות בעלות לא גבוהה יחסית, אף כי אינה זניחה. חלק ניכר מעלות הכניסה לתחום מהווה עבור בזק עלות שקועה. החסם המשמעותי ביותר הינו רשת הגישה שבנויה מזוג תילי נחושת, אשר לצורך הנחתה שומה להניח כבלי נחושת או סיבים אופטיים לכל אחד ממשקי הבית. ברשות בזק רשת סיבים אופטיים הארוכה ביותר בארץ, והיא בעלת קיבולת העברת הנתונים הגדולה ביותר. כמו כן, בסיס לקוחות הפס הרחב של בזק הינו הגדול ביותר בישראל, ומונה קרוב למיליון לקוחות (שני שלישי מהמנויים לשירותי תשתית הגישה רחבת הפס). על כן, לטענת הממונה, עבור בזק יכולת שדרוג הפס ל-IPTV היא מציאותית בהחלט, כך שהיא תוכל לתמוך בשידורי VOD בעבור חברת הלוויין, כמו גם להעביר שידורים על-ידי גורמי תוכן אחרים, למרבית לקוחות הפס הרחב שלה. הממונה סבורה כי השדרוג יוכל להתבצע תוך כשנה.

28. על-פי טענת הממונה, בצד היכולת, לבזק יש גם **תמריצים** רבים לביצוע שדרוג זה, העושים את ההסתברות למימוש היכולת לגבוהה:

א. הדבר יאפשר לה תחרות עם הצעת ה**טריפל פליי** של הוט (הספקה של שירותי טלוויזיה רב-ערוצית, שירותי אינטרנט ושירותי טלפון, **יחדיו** מאותו ספק), הנצרכת על-ידי רבים מלקוחות הוט.



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

ב. בניית תשתית IPTV תיצור בידול מהתשתית של הכבלים. ספקי תוכן שונים יוכלו לעשות שימוש בתשתית של בזק, באופן שתשתית הוט (המוגבלת יותר כיום) אינה מאפשרת. כך מנוי תשתית ADSL של בזק יהיה חשוף למגוון שירותים גדול יותר מזה שמוצע ללקוח הפס הרחב של רשת הכבלים. מכאן, שהשדרוג כדאי לבזק.

ג. בניית תשתית ה-IPTV תשפר את הרשת שכרגע בזק מחזיקה, אלמנט המגדיל את הערך של שירותי הגישה לאינטרנט של בזק לעומת אלו של הוט, גם ללא קשר לתכנים טלוויזיוניים, על-ידי יכולת לספק שירותי VOD, כדי שלא תימצא בנחיתות תחרותית מול הוט. כל עוד בזק תחזיק בלוויין ולא תכנס לתחום שירותי הטלוויזיה הרב-ערוצית, היא תהא מעוניינת לספק שירות זה ל-YES ואם תמכור את YES, אז תספק שירות זה לאחר. מניעת התחזקותה של הוט חשובה לבזק ללא קשר לבעלותה בחברת הלוויין, כיוון שגם בתחום הטלפון והאינטרנט התחרות ביניהן חזקה.

29. יתר-על-כן, הממונה מוסיפה וטוענת, כי קיימות ראיות לכך שבזק מצויה כבר בדרך לקראת שדרוג זה, כדלקמן:

א. ב-2005 בזק ביקשה ממשדד התקשורת אישור להתיר לה לספק שירותי VOD ל-YES על תשתית ה-ADSL (שירותי VOD על בסיס ה-ADSL יכולים להתקיים רק על תשתית בטכנולוגיית IPTV), ולכן סביר להניח כי בבסיס בקשה זו עומדת הכרתה בכך שתשתית בזק תאפשר מעבר שידורים אלה.

ב. בדוחותיה הכספיים לשנת 2005, בזק כתבה שהיא בשלבי פיתוח סופיים של שירותי VOD על בסיס תשתית ADSL (וכאמור, הדבר אפשרי רק בטכנולוגיית IPTV).



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

ג. בספטמבר 2006 YES ביקשה ממשרד התקשורת אישור לניסוי של שירותי VOD על בסיס תשתית ADSL.

ד. בזק בחנה את עלויות השדרוג בחינה כלכלית אסטרטגית, באמצעות מחקר אסטרטגי בנושא, שמסקנתו הייתה שהשקעות בגין שדרוג התשתית לטובת IPTV כדאיות מבחינה כלכלית.

ה. בזק רכשה ידע מעמיק ומפורט בדבר העלויות הכרוכות בשדרוג, עובדה המעידה על בדיקות מעמיקות של התחום.

ו. טענות בזק לעניין העלויות הדרושות לשדרוג מוגזמות. כאמור, לטענת בזק שדרוג התשתית של בזק מ-ADSL כך שתוכל לתמוך ב-IPTV, מחייב שדרוג לתשתית (Next Generation Network) NGN.

לדעת הממונה, תנאי זה אינו הכרחי, מאחר שגם כיום, ללא הקמת רשת NGN, קיימת אפשרות, בתוך פרק זמן של שנה עד שנתיים, לספק שידורים ל-60% ממשקי הבית, כאשר שתי טלוויזיות פועלות בו זמנית. ואולם, אם אכן דרוש שדרוג כזה, הוא משתלם לבזק כלכלית מהטעמים הבאים:

(1) מעבר ל-NGN טומן בחובו חסכון תפעולי ניכר, שכן הוא מייתר אחזקתן והפעלתן של רוב מרכזיות בזק, שמספרן עומד על כ-140. הממונה הפנתה לניסיוןן של מספר חברות בעולם הרחב, שביצעו שדרוג זה והרוויחו רבות מהחיסכון התפעולי: חברת הטלקום ההולנדית KPN דיווחה על חסכון תפעולי של 16% חסכון, השקול לחסכון של כ-350 מליון ש"ח בשנה במונחי בזק, אשר, לטענת הממונה, יחזיר לבדו את עלות ההשקעה; חברת British Telecom דווחה על חסכון של 10% מהוצאות התפעול של החברה מפעילותה בבריטניה. ממסמכי בזק (במצגת שנעשתה ע"י סמנכ"ל ההנדסה והרשת של החברה), עולה כי בזק עצמה מעריכה שתשיג חסכון תפעולי של



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

כ-50% (שקול ל-1.7 מיליארד ש"ח) בשנה. חסכון כזה מהווה את כל העלות החד-פעמית של הקמת הרשת.

(2) כמו כן, מעבר לרשת NGN יוביל למכירה של **ציוד ונדל"ן** רב בהן שוכנות המרכזיות. הממונה הפנתה לניסיון חברת KPN ההולנדית, שדיווחה על הכנסות של כ-28% מעלות ההשקעה בעקבות מכירה זו.

(3) בנוסף, העלות של רשת ה-NGN צריכה להישקל מול ההשקעה בעלויות התחזוקה וההחלפה של תשתית בזק, אם לא יוחלט על השדרוג. לטענת הממונה, מרכזיות בזק נמצאות בסוף תוחלת חייהן, ולכן, אף אם לא תשדרג בזק את רשתה, תאלץ ממילא להשקיע רבות בהחלפתן. הממונה מדגישה, כי בכל מקרה טענות בזק לעניין עלויות השדרוג לא היו עקביות, וככאלה לא היו משכנעות.

(4) עוד טוענת הממונה לעניין הקמת רשת NGN, כי רשת כזו חשובה לבזק לצורך מיתוגה כחברת התקשורת המובילה בישראל אל מול התחרות הגדולה שיש לה עם חברות אחרות: כבלים, קווי זהב סלקום ופרטנר. כמו כן, תשתית זו תיצור לבזק יתרון טכנולוגי גדול על מתחרותיה. זאת, מאחר שסביר להניח כי בטווח הקצר הוט (מתחרתה הגדולה) לא תשדרג את תשתיתה, שהרי במצב של עלות גבוהה לעומת פוטנציאל רווח נמוך (גם היום היא משדרת טלוויזיה רב-ערוצית), מופחת התמריץ לשדרג.

(5) שיקול נוסף המועלה על-ידי הממונה הוא, שעל-ידי שדרוג הרשת בזק תיצור לעצמה מקורות הכנסה חדשים. בנוסף להכנסות שיתקבלו מאספקת הצרכים שהיא מספקת כיום (אינטרנט, טלוויזיה רב-ערוצית וטלפון), יתווספו הכנסות משירותים מתקדמים, כגון שידורי טלוויזיה IPTV באיכויות גבוהות (High Definition), שירותי שיחות וידאו וכו', דבר שאינו אפשרי ברשת הכבלים.

30. בתשובה לשאלה האם ניתן יהיה לספק שירותי טלוויזיה רב-ערוצית (IPTV) באמצעות הרשת של חברת בזק כיום, לא השיב המומחה **רוזן** תשובה חיובית מלאה. לדבריו, קיימות מספר מגבלות בתשתיתה ובביצועיה של בזק, ולכן יש צורך לבצע שדרוגים



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

מסוימים, אשר נבצר ממנו לתת לגביהם אומדן עלויות, ואולם, מדבריו עלה, כי ההשקעה הנוספת הנחוצה היא לא מבוטלת. מדברי רוזן עלה, כי היקף השדרוג הדרוש תלוי בהערכה לגבי הנדרש להצלחה עסקית, "והיה ולשם הצלחה עסקית נדרש שירות המבוסס על שידור זרם אותות אחד או שניים של טלוויזיה באיכות רגילה (SD), זרם אותות אחד או שניים של טלוויזיה באיכות גבוהה (HD), במקביל לגישה מהירה לאינטרנט בקצב של 5-8 מס"ש, הרי שנדרש לבצע שדרוג מהותי בתשתית רשת הגישה של חברת בזק כדי לספק את השירות למספר משמעותי של מנויים" (חוות דעת מיום 27.5.08, עמ' ה'), ובחוות דעת מיום 23.7.08, כתב רוזן (עמ' ב', ג').

... 1."

- (א) הרשת הקיימת של חברת בזק מוגבלת ביכולתה לספק שירות בקצב של 8 מס"ש, ואספקה מסיבית של שירות כזה איננה מעשית ללא שינוי מהותי במבנה הרשת.
- (ב) הרשת הקיימת של חברת בזק מסוגלת מבחינה טכנית לספק שירות בקצב של 5 מס"ש לאחוז גבוה של המנויים המקבלים היום שירות גישה לאינטרנט בטכנולוגיה של ADSL, אך מימוש הדבר מחייב שינוי בשיטות העבודה של חברת בזק, וספק האם חברת בזק מעוניינת להשקיע משאבי ניהול ועלויות בשינוי שיטות עבודה אלה.
- (ג) הרשת הקיימת של חברת בזק לא תוכל לספק שירותי IPTV המבוססים על Multicast בקנה מידה מהותי ללא שדרוג תשתית ה-DSLAM לטכנולוגיה של IP DSLAM שדרוג רשת המצרף (Aggregation) וקישורה באמצעות ליבת IP/MPLS הקיימת (תוך הרחבתה בהתאם למימד לכמות המנויים). לעומת זאת, ביכולת הרשת הקיימת של חברת בזק לספק כבר עתה שירותי IPTV באיכות Standard Definition בפורמט H.264 המבוססים על Unicast כפי שתוארתי בהרחבה בחוות דעתי מ-27 במאי".

בישיבת בית הדין מיום 18.6.08 אמר רוזן:



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

04/02/2009

"ואני לא מתיימר כרגע להחליט מה הטכנולוגיה הנכונה והטובה בשביל בזק, אבל מה שברור שבשביל לענות על צרכים של עוד כמה שנים, אגב, זה גם פחות או יותר בדוח של ועדת גרונאו או משהו כזה, שבזק צריכה שדרוג מהותי של רשת הגישה, ההשקעות הן גדולות וצריך שינוי גדול, זה לא שלוקחים איזה קופסא במרכזיה ויש 200 מרכזיות ומחליפים 200 קופסאות, גם אם כל קופסא מאה אלף דולר, זה לא סכום פנטסטי בשביל גוף כמו בזק. אלא פה צריך שינוי הרבה יותר מהותי שגם לוקח שנים לעשות אותו... את השינוי שהביא את הרשת הנוכחית של בזק אני עוד הייתי סמנכ"ל בזק, זה לקח כמעט חמש שנים של עבודה מאוד אינטנסיבית ליצור את המבנה הרשת הנוכחי בבזק" (עמ' 17).

לא הונחה בפנינו תשתית ראייתית מספקת לקביעה כי בזק קיבלה החלטה עסקית לבצע השקעה מהותית להקמת התשתית או למצער החלטה המייתרת שדרוג מהותי (ומסתפקת בביצועים נמוכים יותר) לצורך טלוויזיה IPTV ולכן, אנו מניחים כי התאמת רשת בזק לספק שירותי IPTV כרוכה בהשקעה משמעותית, ההולמת שאיפה להצלחה עסקית ברמה גבוהה.

על-פי רוזן, שדרוג רשת בזק כדי לספק שירותי IPTV על בסיס תשתית בזק כמצבה היום, צריך להתמודד עם המגבלות של רוחב הסרט ברשת הגישה, ועם העובדה שרשת גישה זו צריכה לספק שירותים נוספים בנוסף ל-IPTV, הכבדות אשר יביאו לכך שחברת בזק לא תוכל לספק שירות אוניברסאלי ותוגבל באספקת השירות למספר מצומצם של מנויים, שאורך ה"עניבה" שלהם יהיה קצר דיו. "העניבה" היא המרחק שבין ארונות הרחוב לבין הלקוח - ככל שמרחק זה קטן, כך עולה יכולתה של בזק לספק ללקוח רוחב סרט רחב יותר. לצורך פתרון בעיה זו, יש צורך בהקמת ארונות רחוב שיקצרו את העניבות ללקוחות בעלי עניבות ארוכות ובשיפור ביצועיה של בזק ביכולת העברת הנתונים, כאשר קצב החלפת ארונות הרחוב הנוכחיים בארונות חדשים (המחייב בין היתר תהליך אישורים מורכב) הוא מרכיב חשוב בקצב שדרוג רשת הגישה.



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

31. לגבי הטענה השלישית של בזק, המתמקדת בחסמים הרגולטורים, טוענת הממונה כי שוק התקשורת הינו שוק דינאמי, המשתנה כל הזמן טכנולוגית ורגולטורית (משנת 1982 שונה רישיונה של בזק כ-40 פעמים), ולכן לשיקול זה לא ניתן ליתן אלא משקל מוגבל ביותר. יתר-על-כן, הממונה מדגישה, כי לא קיים איסור רגולטורי להעברת שידורי טלוויזיה רב-ערוצית על תשתיתה של בזק, אלא רק הגבלה על העברת תוכן על-ידי בזק בשל החזקתה ביס. הממונה טוענת, כי לאור תיקון מספר 37 לחוק התקשורת (מיום 26.7.2007), בזק יכולה לבצע כניסה מלאה לשוק התשתית לטלוויזיה רב-ערוצית באמצעות IPTV ולספק לצדדים שלישיים תשתית לשידור תכנים על גבי רשת זו, אך עם זאת, קיים איסור על בזק מלהיכנס לשוק התוכן, אשר נובע מכללי האיסור על בעלויות צולבות (ראו להלן, סעיף 37 ואילך). לכן, אם בזק לא תחזיק בחברת YES, לא תעמוד יותר מניעתה מלקבל רישיון מתאים לשידורי טלוויזיה רב-ערוצית.

32. לאחר שבחנו את השיקולים האמורים, הגענו למסקנה כי הנחת הממונה בדבר האפשרות הטכנולוגית הזמינה לבזק להקמת רשת נוספת לשידורי טלוויזיה בעתיד הקרוב, רשת ה-IPTV, היא מציאותית. עם זאת, יש לסייג מסקנה זו כמובהר להלן. **מדובר בהיבט הטכנולוגי בלבד, וגם מהיבט זה קיים מרחק מסוים שיש עוד לעוברו.** מכל מקום, חשוב להבהיר, כי **ההיבט הטכנולוגי אינו ההיבט היחיד הרלבנטי**, מאחר שאף כאשר נדרשת השקעה קטנה, השקעה זו נבחנת, מטבע העניין, מהיבט הכדאיות. השאלה העיקרית בניתוח הראוי, היא השאלה **האם כדאי יהיה לבזק לגמוא את שארית המרחק עד להקמת רשת רחבת סרט שתאפשר לגופים שונים להקים שירותי IPTV על גבה או עד לתשתית מלאה של IPTV, ובמיוחד האם יהיה כדאי לה להקים תשתית זו, ויחד עמה גוף משדר כדי להתחרות ב-YES, שבה היא מחזיקה כבר כיום כ-49%, או האם יהא כדאי לה להקים תשתית כזו, כדי שתשמש למעבר גופי שידור אחרים המתחרים ב-YES.** כאמור, לאפשרות זו נחוצה עוד השקעה לא מבוטלת. שיקול זה מצטרף למגבלות הרגולטוריות, המאפשרות לבזק אך ורק הקמת תשתית ותפעולה (ולא שידור).



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

33. טענותיה של הממונה בעניין השלמת פלטפורמת ה-IPTV על-ידי בזק, נשענות, בין היתר, על מה שהיא מכנה "הודאה" של בזק בכדאיות השלמת הרשת לצורך שידורי טלוויזיה רב-ערוצית. לשיטת הממונה, בזק תשלים תשתית זו גם ללא האישור לשדר תוכן, מאחר שלא רחוק היום שתקבל אישור כזה (ישיבת סיכומים מיום 5.1.09).

"הודאה" זו מצויה, לשיטת הממונה, בשתי מצגות של מומחה מטעם בזק, מר אילן שחורי, לפני דירקטוריון בזק, וכן בעמדת בזק לפני וועדת גרונאו (מ/5 עמ' 15-16). לא השתכנענו כי במצגות של שחורי יש אמנם ביטוי להחלטה של בזק לעשות כנטען, מאחר שלא הופנינו להחלטה שהתקבלה בדירקטוריון בזק בעקבות המצגת. נראה לנו, כי לכל היותר ניתן לראות בדברים שם משום הצגת אופציות סבירות בפני הדירקטוריון שנעשתה על ידי שחורי, וגם היא אינה מנותקת משאלת הסרת האיסור הרגולטורי לשדר תוכן. יתר-על-כן, לא הובהר כי מבחינת בזק שחורי היה הגורם שמיצה את בדיקת הכדאיות הכלכלית, ובעקבות בדיקתו התקבלה החלטה חיובית בדירקטוריון.

אשר לעמדת בזק לפני וועדת גרונאו, מקובל עלינו כי בזק האדירה שם (כעולה מ/5) את חשיבות נושא השלכת תשתית ה-IPTV להגברת התחרות בתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית, והוסיפה כי היא מאמינה ש"ביכולתה לסייע בהגשמת יעד זה באמצעות יישום טכנולוגיית ה-IPTV". ואולם, בעמדת בזק לפני הוועדה (מ/5), מובהר כי דברי בזק שלובים היו בבקשתה "ליצירת אופק רגולטורי" מתאים. משמע, בין השאר - הסרת האיסור על שידור תוכן. בסוף אותו מסמך כתבה בזק:

**"בדומה למקובל במדינות רבות בעולם, "בזק" מצפה כי תינתן
לה רשת ביטחון רגולטורית באופן בו תהיה לה בלעדיות בשימוש
ברשת ה-NGN ובאספקת כלל השירותים על גביה למשך
תקופה של 5 שנים מהיום בו תהיה הרשת זמינה" (ההדגשה
הוספה).**

הממונה מדגישה בסיכומיה, כי דברי השבח של בזק בבשורה התחרותית שנושא עמו נושא ה-IPTV נאמרו לאחר התנגדותה למיזוג. ואולם, עדיין הובהר בהם למה בזק



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

מצפה בהקשר של הכדאיות, ואי אפשר לנתק את האמירה המלמדת על הרצון להשלים את הפלטפורמה מהשיקולים השלובים. אין בידינו לומר, אפוא, כי בזק הבהירה שתשלים את התשתית בכל מצב - דהיינו, גם אם לא יהא בידה לתת את השירות שבו מדובר - ואכן מדובר ב"הודאה", כטענת הממונה.

לאחר שבחנו את ההיבט הסובייקטיבי של השלמת תשתית ה-IPTV על-ידי בזק לצורך שידורי טלוויזיה והגענו למסקנה שלא הוכחה כוונה בלתי תלויה ביכולתה לשדר תוכן, אנו סבורים כי השיקולים האובייקטיביים הרלבנטיים להחלטה זו (דהיינו, הסבירות שבזק תשלים את התשתית משיקולים שבית הדין יכול להכיר בהם), הם בעלי משקל מכריע. שיקולים אלה ייבחנו בפרק הבא, הדין בבחינה הרגולטורית ובפרק הדין בכדאיות.

34. מהאמור לעיל עולה, כי מבחינה טכנולוגית, אין מניעה להקמת רשת בזק ציבורית רחבת סרט המאפשרת העברת שידורי IPTV או אף הקמת תשתית מלאה של IPTV על-ידי בזק, אך נשוב ונדגיש, כי ההיבט הטכנולוגי אינו ההיבט החשוב היחיד הרלבנטי בהחלטת הקמת תשתית להספקת טלוויזיה רב-ערוצית. לאחר צליחת המחסום הטכנולוגי, ניצבים בפני בזק מחסומים משמעותיים נוספים, והם: מגבלות רגולטוריות ושאלת כדאיות הקמת תשתית ה-IPTV, לאור שיעור האחזקה הקיים ב-YES. לכן, לשיטתנו, ניתוח נכון של היתכנות הקמת תשתית להספקת טלוויזיה רב-ערוצית על-ידי בזק יעמיד במרכז הדיון שתי שאלות מרכזיות: (1) **אופן ההתייחסות למגבלות הרגולטוריות.** (2) **שאלת הכדאיות: האם כדאי יהיה לבזק לגמול את שארית המרחק עד לתשתית מלאה של IPTV; ובהמשך, האם כדאי יהיה לה להקים תשתית זו ויחד עמה גוף משדר, בין שיהא בשליטתה ובין אחרת, כדי להתחרות ב-YES שבה היא מחזיקה כבר כיום בכ-49.8%? האם תקים את התשתית אך ורק עבור גופים משדרים אחרים (בעבור דמי שימוש), שגם הם יתחרו ב-YES?**

2. הבחינה הרגולטורית



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

35. כיום בזק מתנהלת תחת מגבלות חוקיות רבות המגיעות מכוח רישיונה, חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק התקשורת"), ותקנות שונות. מגבלות אלו מתבטאות במספר אופנים: חובת קיום הפרדות מבניות וחשבונאיות; חובות דיווח; איסורי אפליה והעדפה של חברות-בת; החובה לספק שירותיה באופן אוניברסאלי; איסור כניסת בזק לתחום התוכן; איסור על מכירת חבילות שירותים בלתי-פריקות (Triple Play) ועוד.

על קיום המגבלות הרגולטוריות, אין מחלוקת. המחלוקת בין הצדדים בנושא זה עוסקת בסיכויי שינויין. נעיר כבר כאן, כי "דו"ח הוועדה לגיבוש המלצות מפורטות בדבר מדיניות וכללי התחרות בתחום התקשורת בישראל", שהתפרסם במהלך הדיונים בתיק (להלן: "דו"ח ועדת גרונאו"), קורא לביצוע שינויים רגולטוריים לא מעטים. במסגרת תפקידה, הוועדה נדרשה להציע שיפורים או שינויים במבנה הרגולטורי. בעקבות מסקנות הוועדה, אף החליט שר התקשורת כי יש להקים ועדה ספציפית שתבחן את נושא הטלוויזיה הרב-ערוצית במשק הישראלי. חרף האמור, ומטעמים שנפרט בהרחבה להלן, אין אנו סבורים כי במסגרת השינויים הצפויים צפוי שינוי רגולטורי, אשר יאפשר כניסה של בזק או של חברת-בת שלה לתחום השידור.

36. לטענת בזק, הממונה לא ייחסה חשיבות הולמת למציאות החוקית-רגולטורית הקיימת בעת שקיבלה את החלטתה להתנגד למיזוג. בזק הפנתה לתשובת הממונה לערר, בה נאמר:

"בעת קבלת ההחלטה על התנגדות למיזוג ... סברה הממונה כי מלכתחילה אין כל מכשולים חוקיים או רגולטוריים ממשיים בפני מימוש עיקרה של התחזית שעמדה בבסיס ההתנגדות למיזוג" (סעיף 81 לתשובת הממונה לערר).

גישה זו, לשיטתה של בזק, שגויה משני טעמים עיקריים:



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

האחד, במקום בו התנגדות למיזוג נשענת על דוקטרינת התחרות הפוטנציאלית בפועל, קיימת חשיבות רבה לניתוח איסורים חוקיים-רגולטוריים, המשפיעים על עצם יכולתו של מי שמוחזק כ"מתחרה פוטנציאלי" להיכנס לשוק. כך נהוג לטענת בזק לעשות בדין האמריקאי (ראו):

(United States v. Marine Bancorporation 418 U.S. 602 (1974)), אשר בו צמחה דוקטרינת התחרות הפוטנציאלית, ובבחינת מיזוג שונות שעשתה הממונה עצמה (ראו: נימוקים להתנגדות למיזוג **שפית מעבדות ביולוגיות בע"מ – ביוואק בע"מ**, מיום 5.11.2006, בעמ' 5, אתר הרשות להגבלים עסקיים):

"חסמים רגולטורים: חסם תמיר נוסף העומד בפני כניסתו של מתחרה פוטנציאלי לשוק הוא החסם הרגולטורי...".

(ראו לעניין התחרות הפוטנציאלית בפועל ה"ע 7005/02 **די.בי.אס (1998) בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, סעיפים 16-9 (נבו), ערר 1/00 **פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים**, סעיפים 51-43 (נבו) וה"ע 8006/03 **יהודה פלדות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, סעיפים 61-58 (נבו)).

השני, בפועל לאיסורים החוקיים והרגולטוריים משקל רב בהחלטת בזק בשאלה האם להקים תשתית IPTV. אך ברור הדבר, שעה שבמצב הרגולטורי כיום הקמת תשתית זו אינה כדאית, ולכן אין זה סביר שתוקם.

כבר נאמר לעיל, כי אופן ההתייחסות למגבלות הרגולטוריות נתפס בעינינו כנושא בעל חשיבות מכרעת בבחינת המיזוג. התייחסות "מקלה" יחסית למגבלות הללו, דהיינו, ראייתן כמגבלות העשויות להשתנות בטווח הקצר ובהסתברות גבוהה תוביל למסקנה כי אין ליחס להן חשיבות רבה בבחינת המיזוג, ואילו התייחסות "נוקשה" יחסית למגבלות, דהיינו, ראייתן כמגבלות יציבות שההסתברות לשינויין נמוכה, תוביל למסקנה אחרת. את הדיון בנושא זה נחלק למספר שלבים: **ראשית**, נפרט את המגבלות החוקיות-פרוצדוראליות הרלבנטיות לדיון זה. **שנית**, נבחן האם יש להתייחס אל המגבלה כאל



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

מגבלה משתנה או כאל מגבלה יציבה, ושלישית, נבחן את ההסתברות לשינוי אותה מגבלה בטווח הקצר.

א. האיסור לשדר שידורי טלוויזיה רב-ערוצית מכח כלל הבעלות הצולבת

37. יש יסוד להערכה, שלרגולטור כח ממשי לשנות את מבנה השוק עליו הוא מופקד. לעיתים אף מתעורר הרושם, שלגופים עסקיים דומיננטיים בשוק יש יכולת השפעה על הרגולטור, באופן המקדם את האינטרסים שלהם. ואולם, בעת בחינת יכולת הרגולטור לשנות כאמור, לא ניתן להתעלם מהחוק האוסר על הרגולטור את השינוי.

38. סעיף 6ח4 קובע את כללי הבעלויות הצולבות, אשר בדבר תקפותם לא היתה מחלוקת בין הצדדים. סעיף 4ח6(א)(2) לחוק התקשורת, קובע:

"לא יינתן רישיון כללי לשידורי כבלים או רישיון לשידורים לפי דרישה לתאגיד שמתקיים בו אחד מאלה, והכל בין במישרין ובין בעקיפין:

...

(2) הוא תאגיד שבעל רישיון אחר לשידורים מחזיק בו בסוג כלשהו של אמצעי שליטה, או שהוא מחזיק בסוג כלשהו של אמצעי שליטה בבעל רישיון אחר לשידורים או בעיתון;".

הגדרת המושג "אמצעי שליטה":

"אמצעי שליטה", בתאגיד - כל אחד מאלה:

- (1) זכות ההצבעה באסיפה כללית של חברה או בגוף מקביל לה של תאגיד אחר;
- (2) הזכות למנות דירקטור או מנהל כללי;
- (3) הזכות להשתתף ברווחי התאגיד;
- (4) הזכות לחלק ביתרת נכסי התאגיד לאחר סילוק חובותיו, בעת פירוקו.



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

הגדרת המושג "בעלת רישיון אחר לשידורים" מצויה בסעיפים 1 ו- 4ח6(א)(1)

לחוק:

לפי סעיף 1:

"בעל רישיון לשידורים" - בעל רישיון לשידורי כבלים, או בעל רישיון לשידורי לוויין לפי פרק ב'2;

....

"שידורים" - שידורי טלוויזיה המיועדים לציבור, הניתנים למנויים, בין בערוץ אחד ובין במערכת רב-ערוצית, וכן שירותים הנלווים להם במישרין לרבות שירותי חוזי או שמע, שידורים דו-כיווניים והידודיים."

ולפי סעיף 4ח6(א)(1):

"הוא בעל זיכיון לשידורי טלוויזיה לפי חוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990, או בעל רישיון לשידורי לוויין לפי פרק ב'2 או בעל רישיון כללי לשידורי כבלים או בעל רישיון לשידורים לפי דרישה (בסעיף זה - בעל רישיון אחר לשידורים), או שהוא עיתון".

39. כאמור, בזק בעלת 49.78% ממניות YES ובעלת יותר מאחת מהזכויות המנויות בהגדרת המושג "אמצעי שליטה". כמו כן, אין ספק כי לפי החוק YES הינה "בעלת רישיון אחר" לשידורים, ולכן, לפי החוק, בזק מנועה מלקבל רישיון לשידורים.

40. בזק מוסיפה ומדגישה, כי למשרד התקשורת מדיניות עקבית שלא לאפשר לה להיכנס לשוק התוכן, כנלמד מניירות עמדה של משרד התקשורת, אליהן הפנתה. במכתב של מנהל תחום רישוי כללי במשרד התקשורת מיום 31.1.2007 נאמר:



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

"בטווח הנראה לעין חברת 'בזק' אינה מורשית לספק שירותי תוכן, שירות חוזי או שירות IPTV" (נספח ד' לכתב הערר, עמ' 4).

במסמך העוסק במדיניות משרד התקשורת בנוגע ל-VOD מיום 15.3.2007

נאמר:

"במסגרת קביעת מדיניות ההסדרה, מבקש המשרד לאפשר לספקי תוכן שונים לעשות שימוש בתשתית ה-ADSL, בתנאים שוויוניים ושקופים. כמו כן, מבקש המשרד לשמר את ההבחנה בין הולכה לתוכן, באופן שלא יאפשר לחברת בזק להיות מעורבת בתחום השידורים, מעבר לפן התשתיתי" (נספח ג לכתב הערר, עמ' 3).

41. בזק מטעימה, כי אף הממונה הכירה במגבלה זו, כעולה מתשובתה לערר:

"אכן, בזק מנועה (בעת הזו) להיכנס לשוק התוכן הרב ערוצי".

"אם בזק לא תחזיק בחברת הלוויין תתבטל המניעה מלקבל רישיון מתאים (באמצעות חברת בת), רישיון לשידורי כבלים ו/או רישיון לשידורים לפי דרישה, שיאפשר לה להפיץ שידורי IPTV" (סעיף 84 לתשובת הממונה לערר).

וכן, כעולה מעדות מומחה הרשות מר רועי רוזנברג:

"ש. האם נכון היום כשבזק עצמה הולכת ומבקשת לקבל רישיון להיות משדר היא לא יכולה לקבל את זה. זה נכון או לא נכון?
ת: זה נכון.

ש: כדי שהיא תוכל תאורטית לקבל רישיון חברת שידורים, צריך לשנות את החוק, נכון?



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

04/02/2009

ת: נכון, אבל אני אומר שוב, החשש התחרותי הוא לא בצד התוכן,

הוא בצד התשתית להעברת התוכן. (פרוי' מיום 11.5.2008 עמ'

83-84).

42. נעבור לבחינת השאלה האם יש להתייחס אל המגבלה כאל מגבלה העשויה להשתנות בטווח הקצר או כאל מגבלה יציבה. כדי לשנות מגבלה זו, יש להביא שינוי החוק. כלומר, להביא לביטול סעיף 4ח6(א)2, או לפחות לשינויו. אף כי שינוי חקיקה ראשית אינה פעולה אשר ניתן להקל בה ראש, יש מקום לציין כי מספר השינויים שחלו בחוק התקשורת מיום חקיקתו (שנת 1982) ועד היום (41 פעמים), מלמד כי בהקשר ספציפי זה לא ניתן לשלול אפשרות של שינוי בחוק, אף בטווח הקצר. כמו כן, שינוי מדיניות הרגולטור (משרד התקשורת), ולו לאחר שינוי החוק, אינו בלתי אפשרי.

43. ברם, שאלה אחרת היא השאלה האם סביר שאותה מגבלה תשונה בטווח הקצר, וזו השאלה המרכזית. מהצעת החוק לתיקון 24 לחוק התקשורת, הצעות חוק 2945 מיום 11.12.2000 וכן מהצעת החוק לתיקון 26 לחוק התקשורת, הצעות חוק 2973 מיום 1.01.2001, ניתן ללמוד כי נושא הבעלויות הצולבות הינו נושא מהותי ומרכזי בחוק התקשורת. על כן, הסרתו מסדר יומה של מדיניות משרד התקשורת, תוך כדי שינוי החוק, אינה נראית סבירה.

ובדברי ההסבר לתיקון 24 (בו לראשונה חוקקו "כללי בעלויות צולבות") נכתב:

"בעלויות צולבות: כדי לחזק ולהבהיר את הכלים לטיפול בשאלות של בעלויות צולבות, מוצע לתקן את החוק באופן המבהיר את סמכות השר לקבוע, בתקנות או ברישיון, הן לענין שירותי בזק והן לענין שידורים, הגבלות ותנאים לענין מינוי נושאי משרה, הפרדה חשבונאית בין שירותים הניתנים בידי בעל רישיון, או הפרדה תאגידיית בין נותני שירותים" (ההדגשה אינה במקור).

ובדברי ההסבר לתיקון 26 נאמר:



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

04/02/2009

בעלויות צולבות: מוצע, בסעיף 17 להצעת החוק, להוסיף לסעיף 6ט החדש [סעיף 6ח], סעיף קטן (א) ובו הוראה מפורשת האוסרת על מתן רישיון שידורים כללי במקרים של בעלות צולבת, ישירה או עקיפה, בשיעור המוצע. בעלות צולבת כוללת שורה של מצבים בהם יחיד או תאגיד מחזיק באמצעי שליטה בשיעור מהותי ביותר מכלי תקשורת אחר, לרבות עיתון.

נקודת המוצא היא כי אין די בריבויין של במות תקשורת או כלי תקשורת שונים, ויש צורך להבטיח מגוון בעלויות וריבוי שחקנים על מנת להגשים את העקרונות הטמונים בחופש הביטוי ובזכות הציבור לקבל מידע ותכנים ממקורות ומטעמים שונים.

הסעיף המוצע בא למנוע מצב בו מי שמחזיק, במישרין או בעקיפין, ב- 25% או יותר בכלי תקשורת כלשהו יחזיק גם באמצעי שליטה בעל רישיון לשידורים" (ההדגשה אינה במקור).

הצעות חוק לתיקון 24 ולתיקון 26 מונחות ביסוד תיקון 25 לחוק התקשורת.

44. מהאמור לעיל עולה, שהמחוקק מייחס חשיבות לטיפול בבעלויות צולבות בתחום התקשורת מאז ראשית שנות ה-2000. אנו למדים, כי כללי הבעלויות הצולבות נקבעו לצורך שמירה על זכויות יסוד מהותיות: הזכות לחופש הביטוי והזכות לקבלת מידע ותכנים משלל מקורות. אין ספק, כי לתקשורת בעולמנו השפעה רבה על מכלול היבטי חיי הציבור. גם הממונה, בנימוקי ההתנגדות למיזוג, ציינה כי לשידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית גם השפעה על שוק הרעיונות והדעות, וכך השפעה על הדמוקרטיה הישראלית. בנימוקי ההתנגדות נאמר:

"המוצר שמספק שוק הטלוויזיה הרב ערוצית לציבור הינו מוצר בעל חשיבות ציבורית מיוחדת, שנגיעתו לטובת הציבור חורגת



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

04/02/2009

מהמקובל באספקת מוצר רגיל. מניעת פגיעה בתחרות בשוק הטלוויזיה הרב ערוצית מרימה תרומה משמעותית לא רק למוצר הספציפי שמספק שוק זה, אלא גם לשוק הרעיונות, הדעות והביטויים בכללותם, שוק חיוני לחברה הדמוקרטית בישראל" (עמ' 7 לנימוקי ההתנגדות, ההדגשה אינה במקור).

"שידורי הטלוויזיה מהווים בימינו צינור מרכזי למימושו של חופש הביטוי, להבעת דעות חופשית ולהעשרה של התרבות ושל השיח הציבורי בישראל. תחרות בשוק התקשורת מקדמת החלפה חופשית של רעיונות ודעות, ביקורת חופשית ושיח פתוח" (נימוקי ההתנגדות למיזוג (נספח א' לתשובת הממונה לערר, עמ' 6).

נראה, אפוא, שהממונה עשתה שימוש לצורך ביסוס גישתה התחרותית בחשיבות אותם ערכים המונחים ביסוד כללי הבעלויות הצולבות.

45. על חשיבות ערכים אלה בשיטה הדמוקרטית עמד בית המשפט העליון בבג"צ 7200/02 די.בי.אס. נ' המועצה לשידורי כבלים ולויין, פ"ד נט(6) 21, 34 :

"לאמצעי התקשורת נודעת חשיבות מכרעת בהליך הדמוקרטי בכלל, ובמימושו של חופש הביטוי - שהוא כידוע אחד מזכויות היסוד במשטר דמוקרטי - בפרט (לדיון במהותו של חופש הביטוי ראו למשל, בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, נג(3) 817; א' דיין-אורבך, "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי", עיוני משפט כ (תשנ"ז) 377). אמצעי התקשורת האלקטרוניים מהווים במה מרכזית להשמעת דעות והשקפות. ניתן לומר כי כיום, אמצעי התקשורת ההמוניים הינם אחד מאופני ההתבטאות האפקטיביים היחידים לשם פנייה לציבור הרחב.



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

04/02/2009

בהיעדר גישה לאמצעי התקשורת, תהא הגשמתו של חופש
הביטוי חלקית בלבד".

כמו-כן, בבג"צ 869/92 ניסים זילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד
מו(2)692, 716, נאמר:

"... שיטת הממשל הדמוקרטית ניזונה מכך – ואף תלויה בכך –
כי מן הציבור ואליו תהיה זרימה חופשית של מידע, אשר סב על
הנושאים המרכזיים המשפיעים על חיי הכלל ועל חיי הפרט,
ועל כן הדגשנו כי מן הראוי ליצור כללים, הבאים לשמור על כלי
התקשורת כבמה, בה תקוים הצגה של כל מיגוון הדעות
בציבור".

46. בצד ההכרה בחשיבות הנגישות לאמצעי התקשורת, מובילה בחינת השיקולים
האמורים גם להכרה בחשיבות הצבת מגבלות על אמצעי תקשורת, זאת במגמה לאפשר
לכל המעוניין נגישות למידע ובה בעת למנוע מאמצעי תקשורת זה או אחר לחסום נגישות
זו על-ידי השתלטות, וכך הצגת עמדה אחת בלבד. בהקשר כזה חשובה רגולציה של ביזור
שליטה על כלי תקשורת שונים על-ידי כללי בעלויות צולבות, וזאת כדי לא לשלול
מהציבור הישראלי את היכולת לקבל תכנים ומידע ממקורות שונים. גם על כך עמד בית
המשפט העליון בבג"צ 7200/02 די.בי.אס הנזכר לעיל:

"עקרונות התחרות, ביזור השליטה וגיוון השידורים מהווים
אינטרס מרכזי במסגרת הרגולציה של שוק התקשורת, ובכלל
זה אף במסגרת הרגולציה של הטלוויזיה הרב ערוצית (ראו
קרניאל, עמ' 107-111). פן אחד אשר במסגרתו באו העקרונות
האמורים לידי ביטוי הינו פתיחת שוק הטלוויזיה הרב ערוצית
לתחרות. כוונתנו בהקשר זה היא לשניים: מתן אפשרות
להעברת שידורים באמצעות לוויין, אשר יתחרו בשידורי
הכבלים (במסגרת תיקון הלוויין); ומעבר ממשטר של זיכיונות
למשטר של רישיונות (במסגרת תיקון 25). זאת ועוד, בחינת
הוראותיו של חוק התקשורת (בזק ושידורים) מעלה, כי



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

04/02/2009

העקרונות הנזכרים עוברים כחוט השני לאורכו של החוק, ובכלל זה במסגרת ההוראות העוסקות ברישיונות לטלוויזיה רב ערוצית. כך, סעיף 6נ(4) לחוק התקשורת קובע כי במתן רישיון לשידורי טלוויזיה באמצעות לוויין ובקביעת תנאים בו יובאו בחשבון, בין היתר, "תרומת מתן הרשיון לתחרות בתחום הבזק והשידורים, ריבויים וגיוונים ולרמת השירותים בהם". שם, עמ' 36; ראו גם: בג"צ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד פ"ד נד(3) 496, 514-515; בג"צ 1030/99 1030/99 בג"צ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 652; בג"צ 4915/00 בג"צ 4915/00 רשת חברה לתקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451, 471.

47. המסקנה המתבקשת היא, שלא ניתן לייחס הסתברות גבוהה לשינוי החוק, באופן שיבוטל אחד מכללי הבעלויות הצולבות ותתאפשר כניסת בזק לתחום התוכן. זאת, בשל בעלותה בשיעור של 49% ב-YES. נהפוך הוא: הדעת נותנת, שההסתברות לשינוי הכלל באופן שיביא להקלה על המחזיקים בבעלויות צולבות בתחום התקשורת היא נמוכה ביותר. נוסף, כי גישת משרד התקשורת אינה שונה מגישתם של רגולטורים בענפים אחרים במשק, כעולה מתהליכים כגון: הפרדת הבעלות על קופות הגמל וקרנות הנאמנות מהבנקים, וכן האיסור על בעלויות צולבות בין הבנקים לחברות הביטוח, המתקדמים לכיוון ביזור של שליטה בגופים שונים באותו השוק בניגוד לריכוזיות. בשוק התקשורת ניכרה מגמה זו גם בתהליכים של פתיחת שוק לחברות נוספות בתחומי הטלפוניה הנייחת ואספקת שירותי האינטרנט. נציין, כי ביזור של ענף התקשורת כמי שמעביר את המידע לציבור חשובה במיוחד, כיוון שלמידע מוטעה או מוטה עלולות להיות השלכות הרת אסון.

לסיכום, אמנם מגבלת הכניסה של בזק לתחום התוכן ניתנת לשינוי, אך להערכתנו, לא סבירה ההערכה שהרגולטור יוביל לשינוי החקיקה בנושא.



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

ב. איסור על חברות בנות של בזק לשדר טלוויזיה רב-ערוצית

48. מחלוקת נוספת בין הצדדים עסקה בקלות שינוי האיסור החל על חברות-בנות של בזק לשדר טלוויזיה.

איסור זה עולה מסעיף 4ח6(א)(5) לחוק התקשורת:

"(א) לא יינתן רישיון כללי לשידורי כבלים או רישיון לשידורים לפי דרישה לתאגיד שמתקיים בו אחד מאלה, והכל בין במישרין ובין בעקיפין:

...

(5) בעל ענין בו, הוא גם בעל ענין בתאגיד אחר שקיבל רישיון כללי לשידורי כבלים או רישיון לשידורים לפי דרישה, או שמי שמחזיק בו בלמעלה מ-24% מסוג כלשהו של אמצעי שליטה, מחזיק גם בלמעלה מ-24% מסוג כלשהו של אמצעי שליטה בתאגיד שקיבל רישיון לשידורי טלוויזיה באמצעות לוויין, אלא אם כן קבע השר, בהסכמת המועצה, כי יש בכך כדי להועיל לתחרות בתחום השידורים ולמגוון היצע השידורים למנויים, והכל בהתאם להוראות, לתנאים ולמגבלות שיקבע השר לאחר שהתייעץ עם המועצה ובאישור הועדה".

נובע מהאמור לעיל, כי גם חברת-בת של בזק מנועה מלקבל רישיון לשידורים. כלומר, מלהיכנס לשוק התוכן, כל עוד בזק מחזיקה למעלה מ-24% מ"אמצעי השליטה" של YES. גם איסור זה נובע מכללי הבעלויות הצולבות, אך לאיסור זה סייג: בכוחו של השר להעניק רישיון כזה בהסכמת המועצה לשידורי כבלים, אם הדבר יועיל לתחרות בתחום השידורים ולמגוון היצע השידורים למנויים, וזאת בהתאם להוראות, לתנאים ולמגבלות שייקבעו על-ידי השר, לאחר התייעצות עם המועצה ובאישור ועדת הכלכלה.

49. בזק מדגישה, כי אף לשיטת הממונה עליה למכור את YES כדי שחברת-בת שלה תוכל לקבל רישיון כאמור. אם כך, כל עוד בזק מחזיקה ב-YES (כאמור, אנו מניחים כי גם



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

ללא המיזוג בזק תמשיך להחזיק במניותיה ב-YES, על-פי הסכמה דיונית (פרוי מיום 22.1.08, עמ' 99-98), מנועה היא וכל חברת-בת שלה, השונה מ-YES, מלשדר תוכן.

אכן, זו היתה גם גישת הכלכלן מטעם הממונה, מר רוזנברג, בעדותו לפנינו:

**"ש. עכשיו בוא נדבר על המצב שבו בזק מחזיקה 49% מ-YES, תסכים איתי שכל עוד בזק מחזיקה 49% מ-YES לא היא ולא חברת בת שלה תוכל לקבל רישיון משדר, נכון?
ת: רישיון שידורים, לא היא ולא חברת בת שלה, כל עוד לא שונו כללי הבעלות הצולבת" (פרוי מיום 11.5.08, עמ' 88, ש' 9-13).**

50. ואולם, לשיטת הממונה, מגבלת חברות-הבת ניתנת להסרה בנקל. אכן, בשונה מההגבלה על בזק עצמה, כדי לאפשר לחברת-בת של בזק להיכנס לתחום התוכן, אין צורך לשנות את החוק. לכך נדרשים התנאים הבאים:

- א. על **שר התקשורת** לקבוע כי הענקת רישיון לחברת-בת של בזק תועיל לתחרות ולמגוון היצע השידורים למנויים.
- ב. על **המועצה לשידורי כבלים** ושידורים בלוויין להסכים לקביעתו זו של השר.

המחוקק אף הוסיף וקבע, כי בתנאי הרישיון יהיו מעורבים גופים נוספים, בקובעו כי בכוחו של השר לקבוע לצורך מתן הרישיון "הוראות, תנאים ומגבלות", בהתייעצות עם **המועצה לשידורי כבלים ושידורים בלוויין ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת** (להלן: "הועדה"). לפי סעיף 6 ב(ב) לחוק, **למועצה** שלושה-עשר חברים, שרובם המכריע נבחר על-ידי הרשות המבצעת. חברי ועדת הכלכלה של הכנסת נקבעים (כנקבע בחוק יסוד: הכנסת) בהתאם להרכב הכנסת.

לסיכום, שינוי הכלל האמור תלוי בריבוי גורמים (השר, המועצה וועדת הכלכלה). יתר-על-כן, הגורם הדומיננטי, השר, הוא זה המופקד על יישום כללי "הבעלויות הצולבות"



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

כפי שתואר, כללים המעוגנים במדיניות משרד התקשורת באמצעות חוק התקשורת, וטעמיהם שואבים כוחם מזכויות יסוד נעלות, ששיטת המשפט מייחסת להן משקל רב.

אנו סבורים, כי משוכות אלו בדרך לשינוי האיסור הנוגע לחברת-בת מקשות על ההערכה, שהסתברות השינוי גם בהקשר זה ממשית. אכן, שיקולי הגברת התחרות ומגוון שידורים נקבעו בחוק כמאפשרים התגברות על כללי הבעלויות הצולבות, ואולם, כנקודת מוצא לניתוח, חשוב להבין כי על שיקולים אלו להתגבר על הערכים כבדי המשקל שביסוד כללי הבעלויות הצולבות (חופש הביטוי, זכות הציבור לקבל מידע ממגוון מקורות), לא ניתן להמעיט מחשיבותם של ערכים אלו, כחלק מעקרונות שבבסיס השלטון הדמוקרטי.

ומן הכלל אל הפרט. תוצאת איזון הערכים במקרה זה אינה ברורה כלל. הדעת נותנת, שהוספה של גוף משדר תוכן, אף אם המדובר בגוף השולט או בעל עניין בגוף אחר - תוסיף למגוון ההיצע של השידורים, אך האם הוספה כזו תתרום לתחרות? במצב הרגיל, הוספה של גוף משדר על הגופים הקיימים מוסיפה לתחרות. כלומר, עלייה משוק של שני מתחרים לשוק של שלושה מתחרים מגבירה את התחרות, אך האם זהו המצב כאשר מדובר בחברה שחברת-האם שלה שולטת או בעלת עניין רב בגוף שידור אחר? אפשר שמצב זה יועיל לתחרות, אך נשאלת השאלה באיזו מידה? שאלת המידה הינה שאלה מהותית, מאחר שכדי שהרגולטור ישנה את גישתו ויתיר לחברת-בת של בזק לשדר תוכן, חייב הוא להאמין במידה גבוהה של וודאות כי חברת-הבת של בזק אכן תועיל לתחרות במידה רבה. רק כך יוכל הוא לאזן בין הפגיעה באינטרסים כבדי משקל, כחופש הביטוי וזכות הציבור לקבלת מידע ממקורות שונים, לבין אינטרס הגברת התחרות, הקבוע בחוק. לטעמנו, ההסתברות להתרחשותו של מקרה מעין זה אינה גבוהה.

קשיי ההתגברות על העקרונות בהם מדובר בתהליך האיזון עולים למשל מהחשיבות שייחס בית המשפט העליון לערכים אלו בבג"צ 5432/03 ש.י.ן - לשויון ייצוג נשים ועוד11 אח' נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין (נבו):

"גישה מרחיבה זו להיקפו של חופש הביטוי הולמת במיוחד את המשפט הישראלי, שבו ההגנה על חופש הביטוי, כמו על כל שאר זכויות-היסוד, אינה מוחלטת. הפרשנות



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

המרחיבה לחופש הביטוי אינה מכריעה באיזון בינו לבין זכויות ואינטרסים אחרים, אלא אך מאפשרת איזון כזה, כך שהדיון מתמקד במידת ההגנה הניתנת לזכות. שאלה זו נבחנת על-יסוד המטרות העומדות בבסיס חופש הביטוי, שעיקרן ההגשמה העצמית של בני-האדם, קידום ההליך הדמוקרטי, והעשרת שוק הרעיונות התורמת לגילוי האמת. ראו בג"צ 25/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871, בע' 876. ככל שמגשים הביטוי מטרות אלה בצורה מלאה יותר, כן תגדל מידת ההגנה עליו. כך, לדוגמה, ההגנה על הביטוי הפוליטי רחבה יותר מההגנה על הביטוי המסחרי, דבר המתבטא בנוסחת האיזון בינו לבין הערכים והאינטרסים המתחרים. שכן, "הכול מסכימים, כי גבולותיו של חופש הביטוי המסחרי, שלא כל הטעמים של חופש הביטוי חלים לגביו, צרים מגבולות חופש הביטוי הפוליטי או האמנותי" (בג"צ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השניה לטלוויזיה, פ"ד נד(4) 178, בע' 181).

לכן, ניתן לשאול: האם יחפוץ רגולטור סביר בתחום התקשורת לאפשר לחברת-בת של חברה אשר בבעלותה חברה אחרת (כבעלת המניות הגדולה ביותר באותה חברה) להיכנס לתחום התוכן ובעצם לשלוט מהותית על שתיים משלוש פלטפורמות תוכן? אנו סבורים כי התשובה לכך היא שלילית.

2. כדאיות השלמת התשתית אם יימנע המיזוג

51. לאחר בחינת הבעיה הרגולטורית, נעבור לקושי המרכזי השני הרובץ על עמדת הממונה. עניינו של קושי זה הוא בעיית כדאיות, הנובעת ממצב האחזקות של בזק ב-YES. משמעותו של קושי זה הוא, שגם ללא המיזוג יש לבזק אינטרס ממשי להגן על רווחיה הצפויים מ-YES, ועל כן, למנוע תחרות עם YES.



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

כבר אמרנו, שעמדת הממונה מתעלמת, או למצער אינה נותנת משקל מתאים לכך, שנקודת המוצא ההכרחית לדיון היא מצב האחזקה של מניות YES על-ידי בזק. מנקודת מוצא זו נובעות שתי השלכות הכרחיות:

- א. איסור רגולטורי.
- ב. בעיית כדאיות.

אכן, מקובלת עלינו טענת הממונה, שהקמת תשתית NGN היא חלק מהמציאות (ובנושא זה אין אנו מקבלים את תיאור המצב שהובא על-ידי בזק), אבל נשוב ונדגיש, שהקמת תשתית IPTV מלאה אינה פועל יוצא מכך. כבר הוסבר, שיש צורך בהשקעה נוספת, הכפופה לשיקולי כדאיות.

כבר צוין, כי אין בידינו להביא במניין השיקולים מצב שבגדרו גוף אחר ישתלט על מניות בזק ב-YES, ולו מכח הסכמה דיונית (פרוי' מיום 22.1.08, עמ' 98-99). לשיטתנו, עמדת הממונה מתעלמת מנקודת המוצא האמורה, או שאינה נותנת לה משקל מתאים. משמעות מצב זה, מהיבט שני השווקים הרלבנטיים לדיון, שבזק מחזיקה כיום ב-49.78% ממניותיה של חברה לתשתית לשידור טלוויזיה רב-ערוצית וב-49.78% ממניותיה של חברת תוכן לשידורי טלוויזיה רב-ערוצית. נתון זה לא ישתנה באם לא יאושר המיזוג, אלא בהנחה דינאמית שבשלב זה אינה בגדר מציאות, לפיה יתפוס גוף אחר את מקומה של בזק ב-YES.

בהיבט הטכנולוגי, בזק נמצאת בשלבים מתקדמים, ואף מקיימת ניסויים נרחבים באזורים נרחבים (ראה חוות רוזן מיום 23.7.08, סעיף 5.2) של פיתוח תשתית חדשה (NGN) שבאמצעותה ניתן יהיה לספק הן אינטרנט, הן שירותי טלפוניה והן שירותי IPTV באיכות גבוהה. באמצעות תשתית זו תוכל בזק לספק תשתית לטלוויזיה רב-ערוצית וכן תשתית לערוץ חוזר (VOD) עבור YES, שירות אשר ישווה את מאזן הכוחות הטכנולוגי בין הוט ל-YES (כאמור, כיום בזק נמצאת בנחיתות טכנולוגית, מאחר שהוט מספקת ערוץ חוזר (VOD) ו-YES נעדרת יכולת טכנולוגית לכך), ויתכן שאף יגרום לשינוי במאזן



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

הכוחות בשוק. ויוטעם, גם אם המיזוג לא יאושר, בזק תקים את רשת ה-NGN, אך לא ניתן להניח זאת בכל הקשור להשלמת הכנת הרשת לשם מתן שירותי ה-IPTV. לאחר הקמת תשתית ה-NGN. דרושה עלות נוספת לצורך תשתית שידורי טלוויזיה רב-ערוצית בטכנולוגיית IPTV. אין זה סביר לכאורה, שבזק תשלים תשתית זו כדי להתחרות ב-YES, שבה היא מחזיקה ב-49.78%. יש לתת את הדעת גם לכך שאם בזק, אשר כיום מנועה רגולטורית ממילא מלהקים גוף לשידורי תוכן, תחפוץ להשיא רווחים מהשכרת התשתית (רשת בזק ציבורית) לגוף משדר ומתן תשתית IPTV מלאה. יהא עליה לדרוש מגוף זה הכנסה העולה על זו שיש לה מ-YES כיום. נוסף, כי מטבע העניין, הגוף החדש ימשוך מנויים מ-YES, דבר שעלול לגרום ל-YES הפסדים של ממש, שבחלקם תישא בזק, ולכן תדרוש גם כיסוי הפסד זה. מכאן, שגם אם תקבל בזק אישור לשדר תוכן, וכך תהיה למתחרה ישירה של YES, יהא עליה להרוויח יותר מאשר 49.78% מרווחיה של YES. ברי, כי יש בכך כדי להציב סימן שאלה על השאיפה להשלים את ההשקעה. ויוטעם, אותם שיקולים קיימים גם אם ההשקעה הדרושה אינה משמעותית, שהרי בקבלת החלטה על הקמת תשתית נשקלים שיקולי כדאיות.

כנגד טענת בזק, כי אחזקותיה ב-YES יגרמו לכך שלא תתחרה ב-YES, נטען בסיכומי הממונה כי מדובר בטענה העומדת בסתירה לכל הגיון כלכלי, מאחר שהשקעות בזק ב-YES הינן עלויות שקועות, שבוצעו לפני שנים. "להשקעות עבר שביצעה בזק ב-YES אין משקל בהקשר זה, ומדובר במוסכמה יסודית ביותר של מדע הכלכלה", נאמר בסיכומי הממונה (עמ' 40), וכן, "מבחינה כלכלית, לא אמורות השקעות העבר של בזק ב-YES לקבל משקל כלשהו בהחלטה של בזק אם להתחרות בעתיד ב-YES" (שם, עמ' 41). אין לנו ויכוח עם גישה כלכלית זו, אך לשיטתנו, אין היא רלבנטית למחלוקת הנדונה. ונטעים - לגבי הקושי האמור, קושי שהעלינו בפני נציגי הממונה שוב ושוב במהלך הדיון, לא מצאנו תשובה בעמדת הממונה. הדגש בקושי זה הוא על **האינטרסים** הנובעים מההשקעה הקודמת. האינטרסים קמו בעקבות ההשקעה, והם משפיעים על ההתנהגות בהווה, כפי שהוסבר. מדובר בשיקולי רווח פשוטים וברורים.



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

בסיכומי הממונה נאמר גם (סעיף 103), כי ההסתכלות על תחשיבי הכדאיות הכלכלית של הקמת תשתית ל-IPTV חורגת מהגבולות הצרים של כדאית השירות עצמו, בין שקבוצת בזק מספקת תוכן על-ידי מי מהחברות המהוות חלק ממנה, ובין שהיא מסתפקת בגביית דמי מעבר מצדדים שלישיים. עוד נאמר שם, כי התחשיב צריך לקחת בחשבון גם את התועלת שתפיק בזק משימור לקוחות טלפוניה ותשתית אינטרנט, שני שווקים בהם יש לה מעמד מונופוליסטי כיום, ואשר יש לבזק אינטרס כבד משקל לשמרו.

מקובל עלינו ששיקולים רחבים מעין אלה ראוי שיילקחו בחשבון, אלא שלא הוצגו לנו על-ידי הממונה תחשיבים כלכליים, אשר ילמדו כי אכן גישה זו מובילה למסקנה אחרת בנושא הכדאיות. אכן, עיקר עיסוקה של בזק הוא טלפוניה ואינטרנט, וניתן להעלות על הדעת אפשרות שבגדרה לבזק יהיה עניין בגוף תוכן לאספקת שירות טריפל פליי (אם יוסר האיסור הרגולטורי), ובנסיבות מסוימות, אף תהיה מוכנה להתחרות בחברת-בת שלה, כדי להשיא רווחים בתחומים האמורים. ואולם, לא הוכח לנו בחישובים מתאימים כי זה המצב בענייננו. דהיינו, שסביר כי בזק תהיה מוכנה להפסיד בתחום אחד, מאחר שרווחיה מאותה השקעה בתחום אחר יהיו גדולים יותר.

בסיכומי בזק נאמר, ביחס לבחינת הכדאיות שנעשתה על-ידי הממונה:

"על מנת להגיע למסקנה מושכלת ומבוססת שאלמלא המיזוג בזק תקים תשתית IPTV שתהווה פלטפורמה לשירותי טלוויזיה רב-ערוצית מתחרה ביס, קל וחומר ב'סבירות גבוהה כמעט וודאות מלאה' חייבת היתה הממונה להציג ניתוח כלכלי של-ממש, המוכיח – ברחל בתך הקטנה – את עלויות הקמת התשתית החדשה, את ההכנסות שניתן יהיה להפיק ממנה, וכן את כימות הפגיעה שתיגרם ליס (ודרכה לבזק) מהגברת התחרות ביס. והנה, לא רק שהממונה אינה מציגה שום ניתוח כלכלי כזה, אלא שמר רוזנברג מודה שכל ניתוח כזה גם לא נעשה:

ש. בדקת איזה הכנסה אפשר להניב מהחכרה לצד ג' של התשתית?

מאה שקל, מאתיים שקל? מיליון שקל?



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

04/02/2009

ת. אין לי-

...

ש. עשית הערכה של-

ת. של דמי ההעברה, לא עשינו הערכה מספרית, אני יכול רק לתת
רפרנס של משרד התקשורת-

...

ש. בענייננו אתה לא בדקת בתשתית העתידית של ה IPTV כמה
יהיה אפשר לגבות ממשתמשים.

ת. לא בדקתי את בזה ברמה המספרית [פרו' מיום 10.9.08, עמ'
153-154].

להיפך: רועי רוזנברג מציין בעדותו, התשובה לשאלת חבר בית הדין
הנכבד (מר ליסובסקי) עד כמה לוקה התחום בחוסר וודאות:
'IPTV עדיין לא יודעים לכמת לסקר, כי זה הכול תלוי, אם תשתית
בזק תיפתח או לא תיפתח, כמה שחקנים ירכבו, איזה תכנים יהיו. יש
פה הרבה מאוד מרחב תמרון של כמה נזק זה באמת יעשה' ...
'ישנה אי ודאיות שלא מאפשרות TO SIZE IT' (מתוך הסיכומים,
סעיפים 196-197) (ההדגשות אינן במקור).

בין שמדובר בקושי אובייקטיבי לבדוק את הנושאים הרלבנטיים – קושי שאין
להתעלם ממנו – ובין שניתן היה להציג למצער חישובים מסוימים המקדמים את הבירור,
עובדה היא שלא הוכחה כדאיות הקמת תשתית IPTV מלאה לבזק.

כך גם לגבי הטענה האפשרית, לפיה האינטרסים בתחומי הטלפוניה והאינטרנט חזקים
דיים כדי לגבור על האינטרסים מתחום שידורי הטלוויזיה. טענה זו לא הוכחה על-ידי
חישובים מתאימים או ניתוח כלכלי הולם. על כן, הממונה לא הרימה את הנטל בנושא זה.



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

נושא מחלוקת שני: קיום חלופות לטכנולוגיית ה-IPTV, הממזערות את משקל
כוחה העתידי של בזק ואת חשיבות התשתית הנוספת.

52. הניתוח התחרותי של הממונה מבוסס על הנחה שבעתיד הנראה לעין תצטרף תשתית אחת בלבד לשידורי טלוויזיה רב-ערוצית. מנגד, לטענת בזק, קיימות חלופות לטכנולוגיית ה-IPTV. בשל חלופות אלו, כך נטען, ראוי לאשר את המיזוג, בהעדר פגיעה ממשית בתחרות בין התשתיות. החלופות הנטענות לטלוויזיה רב-ערוצית הן - טלוויזיית אינטרנט, Wimax ו-DTT. נציג חלופות אלו להלן.

א. טלוויזיית אינטרנט - שידורי טלוויזיית האינטרנט, בניגוד לשידורי הטלוויזיה המוכרים לנו, אינם מופצים על גבי רשת גישה מנוהלת, אלא על גבי רשת האינטרנט הפתוחה. צורת הפצה זו מביאה לכך, שאיכות השידורים עשויה להיות נמוכה משמעותית מאיכות השידורים של הטלוויזיה הרב-ערוצית, לה אנו רגילים. איכות שידורים נמוכה זו מתבטאת בפגיעה בחוויית הצפייה, וכן בשידורים משובשים ומקוטעים, ולעיתים אף בהעדר יכולת זמנית לקליטת השידור. הסיבה לאיכות השידורים הנמוכה הינה טכנולוגית- רוחב הפס -המסופק ללקוח בשירותי גישה לאינטרנט הוא רוחב המבוסס על "מאמץ מרבי" ולא רוחב פס "מובטח" (כפי שנעשה במסגרת רשת גישה מנוהלת), היינו רוחב הפס הוא, משתנה מקרי-סטטי שאינו מובטח ללקוח, אלא תנודתי ביחס הפוך למספר המשתמשים העושים שימוש ברשת בו-זמנית. כלומר, ככל שיותר מנויים עושים שימוש בו-זמנית בשירות, רוחב הפס המסופק ללקוח קטן, ולכן נוצרת בעיה, במיוחד בשעות העומס ("פריים טיים").

מחוות דעתו של רוזן, מיום 23.7.08 (עמ' 11), עולה כי כיום הקצב הממוצע למנוי על גבי הרשת הוא 1.5 – 2.5 מס"ש, ובקצב זה ביצועי הרשת אינם מאפשרים הספקה של שירותי טלוויזיה באיכות סבירה כאשר כמות לא מבוטלת של משתמשים (יותר מאחוזים בודדים מסך המשתמשים) תעשה שימוש בזרמי אותות בקצב של מס"ש בודד ביצועי הרשת לא יהיו מספקים ושירותי טלוויזיה לא יפעל כראוי (חוות דעת רוזן, מיום 27.5.08 עמ' 15). ברם, עם שדרוג קיבולת תשתית



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

הגישה לאינטרנט, תגדל משמעותית הסתברות הצלחת יישום של טלוויזיית אינטרנט. לשאלת בזק: "בהנחה שתשתית הפס הרחב משודרגת לרוחב פס של כ-20 מס"ש האם אתה רואה בטלוויזיה אינטרנט (כלומר רשת בלתי מנוהלת) תחליף אפשרי לטלוויזיה רב-ערוצית ו/או ל-VOD" ענה רוזן: "בהחלט – כן. ברוחב פס גדול, טלוויזיה באינטרנט יכולה להיות תחליף לטלוויזיה רב ערוצית ול-VOD" (שם, עמ' 19). כמו-כן, לפי המומחה רוזן, "בישראל אנו עדים לתהליך מתמשך של שיפור מתמיד בקצב הגישה הממוצע של מנויים לאינטרנט" (שם, עמ' 22). ההסתברות להצלחה ביישום של טלוויזיית אינטרנט הולכת וגדלה עם השנים. כלומר, השדרוג הנחוץ סביר שיתרחש, אך עם זאת, קשה לחזות במדויק מהו הקצב שבו יתבצע. להבנתנו, על יסוד תשובתו של רוזן, סביר להניח שיידרשו לכך יותר משנתיים-שלוש, אבל לא הרבה יותר מכך. נוסף כי מאחר שמדובר בשוק המאופיין בדינאמיות טכנולוגית רבה יתכן שהזמן שיידרש יהיה אף פחות מכך.

ב. Digital Terrestrial TV –DTT - טלוויזיה דיגיטאלית טרסטריאלית- הינה שיטה של ערוצי טלוויזיה דיגיטאליים באוויר, באמצעות תחנות שידור קרקעיות, אשר במסגרתה ישודרו ערוצים פתוחים. מטרתה של תשתית זו היא להחליף את שיטת השידור האנלוגית, הנצרכת עד היום על-ידי חלק לא מבוטל ממנויי הכבלים. שירות זה (DTT) מאפשר הפצה איכותית ויעילה של שירות חד-כיווני במתכונת Multicast, אך אין בו ערוץ חוזר (Unicast), המאפשר שירותים כגון VOD, כך שהוא מהווה פלטפורמה רב-ערוצית דומה בביצועיה לשידור הלווייני של YES. דהיינו, פלטפורמה נחותה משמעותית מהפלטפורמה של הוט. כמו כן, ה-DTT עושה שימוש במשאבים מוגבלים-תדרים - וכיום יש בישראל מגבלות על הקצאת התדרים. ה-DTT המדובר בישראל (אשר אמור להיכנס לשימוש עוד השנה), משמעותו כי כל המעוניין בשירות ירכוש ממיר בעלות קנייה חד-פעמית של כ-500 ש"ח, ויקלוט את השידורים בערוצים שיבחר ללא תשלום. כיום מדובר במספר ערוצים בודדים (כ-5 ערוצים, שביניהם ערוץ 2, ערוץ 10, ערוץ 1), ולפי חוות הדעת של הממונה, קיבולת לערוצים נוספים תהיה זמינה רק ב-2015.



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

לדעת רוזן, ה-DTT אינו מהווה תחליף, כיוון שבאמצעות טכנולוגיה זו (באילוצי הקצאות התדרים בישראל) אין אפשרות לספק מספר ערוצים גדול ואין אפשרות לערוץ חוזר. לכל היותר, הוא יכול להיות שירות תחליפי לטכנולוגיית הלוויין, וגם זאת רק אם יופחתו מספר הערוצים.

ניתן לעשות שימוש בטכנולוגיה זו בשילוב עם טכנולוגיית ה-IPTV או האינטרנט (לצורך קבלת ערוץ חוזר - VOD), וכך ליצור פלטפורמת שידורים שאינה נחותה מהוט. יש לציין, כי כבר היום נבחן הנושא על ידי חברת בלוקבסטר, שברצונה לספק שירות VOD בשילוב עם ה-DTT, ולא טלוויזיה רב-ערוצית, כפי שאנו מכירים היום.

ג. **WIMAX** – טכנולוגיה אלחוטית לאספקת נתונים בפס רחב, המיועדת הן לתחום הנייח והן לתחום הנייד. טכנולוגיה זו, לפי חוות דעתו של רוזן, אינה מסוגלת להוות, באילוצי יישומה בישראל, תחליף הולם ל-IPTV, בשל רוחב הסרט המוגבל של הסקטורים בתחנות הבסיס, הנובע מביצועי טכנולוגיה מחד ומאילוצי תדרים מאידך. טכנולוגיה זו עדיין בשלבי ניסוי ברחבי העולם, וכיום עדיין אין ספק טלוויזיה רב-ערוצית שעושה בה שימוש להפצה מסחרית של טלוויזיה רב-ערוצית. כמו כן, הטכנולוגיה טרם יושמה בארץ ולא ניתן לדעת מתי תיושם. לפי דעתו של רוזן, ניתן לחזות שימוש במוצר זה כמוצר משלים לשירותי הטלוויזיה בלוויין, כדי לספק שירותי Unicast, גישה לאינטרנט ושירותי טלפוניה, כמענה תחרותי לסל ה"טריפל פליי". על-פי רוזן, טכנולוגיית ה-WIMAX לא תהווה תחליף הולם בזמן הקרוב (שנתיים-שלוש הקרובות) להפצת שידורים רב-ערוציים לטלוויזיה הביתית, אלא רק עשויה לשמש כשירות משלים ללוויין (תספק שירותים של ערוץ חוזר).

53. אנו סבורים, כי בנושא הטכנולוגי שעניינו התשתיות המאפשרות תחרות בתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית, התמונה שהוצגה על-ידי הממונה נכונה, בכל הנוגע לטווח הקצר בלבד. נראה, כי כיום **ובשנתיים-שלוש** הקרובות, אין בכוחה של אף אחת מהטכנולוגיות האמורות להוות חלופה אמיתית, אך נראה שבעתיד הרחוק יותר תוכל, למשל טלוויזיית



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

האינטרנט, להוות תחליף הולם. כמו-כן, נראה כי גם ה-DTT יוכל להוות תחליף, באם יתפנו תדרים ותתאפשר קבלת שירותי Unicast על-ידי תשתית אחרת (WIMAX), רשת בזק הציבורית או האינטרנט). יש, אפוא, להבדיל בין השנתיים-שלוש השנים הקרובות לבין התקופה שלאחר מכן, דבר שאין בו כלל כדי להפגיע, שעה שמדובר בשוק דינאמי מאוד. חשוב לציין כי גם אם המיזוג לא יאושר, להקמת תשתית IPTV מלאה דרושה תקופת זמן לא מבוטלת.

נושא מחלוקת שלישי - משמעות מימוש האופציות ביחס למצב האחזקה הקיים

54. נציגי הממונה הדגישו, בהיבט של הפגיעה בתחרות, את העובדה שהמיזוג מביא לשליטה של בזק ב-YES. ברם, אין מחלוקת, כי גם ללא המיזוג יש לבזק אינטרס למנוע תחרות עם YES, ועתה מדובר אך בתוספת של כ-10%, אך לשיטת הממונה, חציית קו ה-50% משנה באופן דרמטי את תמונת התחרות.

הממונה טוענת כי כיום, מאחר שבזק אינה ממנה את רוב הדירקטורים בחברת הלוויין, היא אינה שולטת ב-YES, דבר שישתנה אם המיזוג יתרחש. שליטה תאפשר לבזק לנהוג ב-YES מנהג בעלים. באופן יותר מפורט, הממונה מתמקדת ב**דמי המעבר או דמי שימוש** שבזק תגבה מחברת הלוויין, בעבור שירותי IPTV, במידה ותקיים את התשתית. כאמור, בתחומים מסוימים ללוויין נחיתות, ו-YES תזדקק לשירותי IPTV לצורך התגברות עליהם. כבר נאמר, כי על בזק חלים כללים רגולטוריים רבים, ובכללם איסור אפליה באספקת שירותים ותימחורם. מכח איסור זה, **כל העלאה של דמי שימוש לשחקנים אחרים המבקשים להיכנס לתחום השידורים, תביא גם לייקור דמי השימוש או דמי המעבר לחברת הלוויין**. אולם, עבור בזק מדובר בתשלום שהוא תוספת הכנסה, גם אם הוא יוצא מחברת הלוויין - מעין מעבר הכנסה מכיס אחד לכיס שני (ראו: ניתוח חשש קביעת דמי המעבר באופן שיכשיל את מתחרי בזק, להלן סעיף 64). לטענת הממונה, לאחר מימוש האופציה יהא קל לבזק להביא לייקור כזה, שישפיע לרעה על מתחרים אחרים,



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

וזאת כנובע מסעיף 278 לחוק החברות, תשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות"). סעיף זה קובע -

"278 (א) דירקטור שיש לו ענין אישי באישור עסקה, למעט עסקה כאמור בסעיף 271, המובאת לאישור ועדת הביקורת או הדירקטוריון, לא יהיה נוכח בדיון ולא ישתתף בהצבעה בוועדת הביקורת ובדירקטוריון.
(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), רשאי דירקטור להיות נוכח בדיון בוועדת ביקורת ולהשתתף בהצבעה, אם לרוב חברי ועדת הביקורת יש ענין אישי באישור העסקה, וכן רשאי דירקטור להיות נוכח בדיון בדירקטוריון ולהשתתף בהצבעה, אם לרוב הדירקטורים בחברה יש ענין אישי באישור העסקה..."

בתשובת הממונה לערר, נאמר לעניין זה:

"כל עוד בזק אינה ממנה את רוב הדירקטורים בחברת הלוויין, הדירקטורים מטעמה יהיו מנועים מלהצביע בנוגע לכל עסקה בין חברת הלוויין לבזק על-פי סעיף 278(א) לחוק החברות, התשכ"ט-1999 ... בין השאר הדירקטורים מטעמה יהיו מנועים מלהצביע על כל הסכם הנוגע לדמי המעבר שבזק תגבה מחברת הלוויין. חובת הימנעות זו מערימה קושי על חברת בזק מלחסום את התחרות בשוק התשתית לאספקת שידורים רב-ערוציים באמצעות העלאת מחיר גורפת של דמי המעבר, שכן חברת הלוויין לא בהכרח תהיה מוכנה לשלם כל סכום שבזק תבקש.
בהתאם לסעיף 278(ב) לחוק החברות, עליה לשליטה של מעל 50% בחברה ומינוי מרבית הדירקטורים על-ידי בזק תביא לביטול חובת הימנעות, ולפיכך, יכולתה של בזק לחסום את השוק באמצעות העלאת דמי המעבר גדלה באופן ניכר. בנוסף, התלות של בזק בבעלי מניות האחרים בתחומים אחרים שאינם נוגעים בהכרח לעסקאות עם בזק קטנה, ולכן הדרך של בעלי



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

מניות אלו "להעניש" את בזק על כך שהעלתה את דמי המעבר
קטנה".

אכן, ביטול חובת ההימנעות מוביל למצב של שליטה בעקבות המיזוג, ועל כן, העובדה ששיעור האחזקה יגיע ל-58% ולא יותר מזה, שקולה לשיעור אחזקה מלא, שהרי די בשיעור אחזקה של מעל 50% להשגת השליטה.

יתר על כן, רווחיה של בזק מכך יהיו משמעותיים, כעולה מההצגה הבאה: כמי שיהא לה 58% ב-YES היא "תשלם" 58% מתשלום דמי המעבר שתשלם YES, "ותקבל" 100% בכובעה השני כבעלת התשתית. בכך, בזק לא רק שתהנה מהמעבר של הכסף, אלא תהנה גם מהעובדה שמתחריה הקיימים והפוטנציאלים של YES (לשידורי טלוויזיה רב-ערוצית) אשר יחפצו לעשות שימוש בתשתית ה-IPTV יתקלו במחיר גבוה ויתרחקו משימוש בה. כך תדיר בזק את רגלי מתחריה, וישוב המצב הקיים בשוק, דהיינו, קיומם של שני מתחרים בלבד. נוסף, כי השלכתה הכוללת של החלטה כזו על חברת YES אינה ברורה: מחד, YES תשלם יותר על השירות, אך מנגד מתחריה הפוטנציאלים שיחפצו לעשות שימוש בתשתית של בזק ו"לגזול" חלק מלקוחותיה - יפגעו. לכן, בסופו של דבר, אפשר שמצב כזה ייטיב גם עם YES.

מקובל עלינו, שביכולתה של בזק להתנהג כפי שצופה הממונה ובכך למנוע מהותית מחברות אחרות גישה לתשתיתה, אך לשיטתנו, יש קודם כל להבטיח הקמת תשתית כזו, חרף בעיית חוסר הכדאיות שצוינה לעיל, בשילוב עם בעיית האיסור הרגולטורי. לכן, חשש השליטה העתידית על שתי התשתיות אינו ממשי, לאור השיקולים המנוגדים.

55. כמו-כן, לשיטתנו, ניתן למנוע פגיעת בזק במתחרים על-ידי ניסוחם של תנאים אשר ימנעו מבזק להעביר החלטה מעין זו בדירקטוריון YES, ובנוסף, יגרמו לפיקוח על המחירים אותם תגבה בזק. ניתן למשל, לגבות בתנאים את המצב שבו המחיר שתגבה בזק לא יעלה על עלות התשתית בתוספת רווח סביר בלבד, כאשר המחיר ייקבע על-ידי הרגולטור. כך בזק לא תוכל לחסום את הגישה לתשתיתה, על-ידי קביעת מחיר מופרז.



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

כחיזוק נוסף לכך, ניתן לקבוע בתנאים את האופן שבו תקבל YES החלטות הנוגעות לקשריה עם בזק. החובה תוטל על בזק, ומכוחה לא תוכל זו לספק או לקבל שירות או מוצר ל-YES או מ-YES, אלא אם ההחלטה לגביה תתקבל ברוב של 75% מחברי הדירקטוריון של YES. בכך תימנע מבזק האפשרות לעשות שימוש בביטול ההימנעות על-פי סעיף 278 לחוק החברות, כפי שחוששת הממונה. בזק הסכימה לתנאי זה.

56. נתעכב קמעה על כללי קבלת ההחלטות ב-YES. כיום, לפי תקנונה של YES, נדרש רוב של 75% מבעלי המניות לקבלת החלטות המשפיעות על התוכנית העסקית של החברה, לרבות שינוי בתוכנית העסקית או בתקציב השנתי שלה (סעיף 102 לתקנון) או למינוי של מנכ"ל. אנו סבורים שהחלטה על שימוש בתשתית של בזק (חלף תשתית הלוויין) הינה שינוי בתוכנית העסקית, וכך החזקותיה של בזק ב-YES, שיסתכמו לאחר המיזוג ב-58%, לא יספיקו לה להעביר החלטה בדבר שיתוף הפעולה. אמנם, לא בזה מסתכם העניין, כיוון שביכולתה של בזק לקבוע תחילה מחיר נוח וכך להפיס את דעתם של בעלי מניות המיעוט, כדי להביא לאישור העסקה, ולאחר זמן מה להעלות את המחיר. האם העלאה של המחיר מהווה שינוי של תוכנית עסקית, כפי שמצוין בתקנונה של YES, ונדרש שוב הרוב האמור? אין צורך לדון בשאלה זו, לנוכח קביעת התנאי, כאשר מכוחו של התנאי ממילא החשש הינו תיאורטי.

57. להשלמת הדיון בנושא השגת מצב השליטה, נפנה לע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, שבו העיר בית המשפט העליון, בסוף פסק דינו, הערה זו:

**"טרם נסיים את פסק-דיננו, נבקש להעיר את הערה הבאה:
בית-הדין קבע, כי לא נתקיימה במקרה דנן פגיעה משמעותית בתחרות, בין היתר בשלב העובדה, כי התחרות בענף הרלוונטי פגומה ולקויה ממילא, בין היתר עקב כוחה של המשיבה ועוצמתה, ולפיכך אין במיזוג המוצע אלא משום תוספת קטנה לריכוזיות גדולה. תוספת מעין זו, קבע בית-הדין, אינה מהווה פגיעה משמעותית בתחרות החופשית. קביעה זו, אין בידינו**



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

04/02/2009

לקבל. משמעותה המעשית היא, כי גוף השולט בענף מסוים, או מהווה מרכיב דומיננטי בו, 'חסין' מביקורת הממונה בשל כוח השוק הנתון בידי. מסקנה מעין זו עומדת בהתנגשות חזיתית עם מטרות דיני ההגבלים העסקיים, שעליהן עמדנו לעיל. אכן, סמכותו של הממונה והכוח המופקד בידי אינם אך למניעת שליטה בענף מסוים ככזו, אלא אף למניעת חיזוקה של שליטה קיימת, מקום שבו חיזוק זה יכול להביא לפגיעה משמעותית בתחרות. כך, לדוגמה, יכול שמיזוג מסוים לא יביא לעלייה משמעותית בריכוזיות בענף הרלוונטי – בשל הריכוזיות הגבוהה הקיימת בו ממילא ערב המיזוג אך תהא בכל זאת פגיעה משמעותית בתחרות עקב קיומם ויצירתם של מחסומי כניסה משמעותיים למתחרים חדשים, מחסומים שיקומו עקב חיזוקו של הכוח הדומיננטי בשוק, ולא דווקא עקב יצירתו של כוח מעין זה. דא עקא, כי לאור העובדה, כי לא קביעה זו היא שעמדה ביסוד הכרעתו של בית-הדין, אלא הקביעה כי אין חשש לפגיעה משמעותית בתחרות אף לגופו של עניין, הרי שלא מצאנו יעלה להתערבותנו, כאמור לעיל, במסקנת בית-הדין למרות האמור בהערה זו".

חשוב להדגיש, כי גישתנו כאן שונה מזו שבית המשפט העליון ביקר בהערתו זו. כאן לא קיבלנו את עמדת הממונה, לא בשל העובדה שהיא הצביעה על הרעת המצב התחרותי הבעייתי מלכתחילה ומדובר ב"תוספת קטנה", אלא מאחר שהיא התעלמה מהבעיה התחרותית ומהבעיה הרגולטורית הקיימת, והתבססה על תמונה לא מדויקת בתיאור החששות העתידיים.

יישום כלל השיקולים בקביעת עמדת בית דין

1. הבעיות הנגרמות מהחזקתה הקיימת של בזק ב-YES



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

58. בפרק זה אין בדעתנו לחזור על השיקולים שפרטנו, אלא ליישם אותם קונקרטיית בקביעת העמדה למיזוג. בראשית הדברים נבהיר, כי אין ספק שלו בזק הייתה מעוניינת לממש אופציות לרכישת מניות YES ללא החזקה קודמת במניות אלה, דהיינו, אם לבזק לא היה כלל חלק בבעלות ב-YES, לא היינו מאשרים את המיזוג אילו הובא להכרעתנו, אף אם היה מדובר בהגעה לשיעור אחזקה הנמוך באופן משמעותי מ-58%. זאת, מאחר שכך בזק – בהנחה שסיכויי הסתברות טובים מבססים את ההנחה שהיתה מקימה תשתית IPTV - הייתה רוכשת השפעה בשתי תשתיות מתוך שלוש בשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית, וכך, כשיטת הממונה, התחרות הייתה נפגעת באופן משמעותי. קל וחומר, במצב של רכישת שליטה. נוסף, כי במצב בו בזק הייתה מבקשת לרכוש את מניות YES לראשונה, קיומה של רוכשת פוטנציאלית חלופית, כגון יורוקום (שהביעה את רצונה לרכוש את מניותיה של YES, כעולה מבקשת ההצטרפות להליך, עמ' 2), אשר בניגוד לבזק אינה בעלת תשתית נוספת, הייתה עושה את החלטת בית הדין שלא לאשר את המיזוג להחלטה פשוטה, כיוון שאם יורוקום הייתה משתלטת על YES, סביר להניח כי התחרות הייתה מתגברת לנוכח הקמת התשתית הנוספת, אך אין זה המצב בו עסקינן. **אין אנו נמצאים במצב "אידיאלי", שבו בזק רוצה לרכוש לראשונה את מניות YES.**

60. יתר-על-כן, כבר כיום בזק מחזיקה 49.78% ב-YES. משמעותו של נתון זה הוא, שכבר כיום לבזק אינטרסים כבדי משקל ב-YES. **הקושי התחרותי כבר נטוע במצב הקיים. גם אם המיזוג מגדיל את הבעיה, אין הוא אינו יוצר אותה.** יתר-על-כן, אנו סבורים שיש ביד בית הדין להציב תנאים למיזוג שיביאו לשיפור המצב התחרותי בכללותו. במובן זה, ההיזקקות של העוררת לאישור בית הדין יש בה גם כדי לתקן את בעיית התחרות בשוק "בעייתי" זה, שהבעיות בו לא נגרמות על-ידי המיזוג. ויוטעם, מטרתם העיקרית של התנאים היא מניעת פגיעה תחרותית. נשוב ונדגיש, אין אנו אומרים כאן כי בשל כך שהבעיה נטועה בשוק ניתן להחמיר את המצב, אלא אומרים, כפי שהוסבר לעיל, כי מפת התחרות שמתארת הממונה למצב ללא המיזוג אינה מציאותית.

לשון אחר: בהינתן החזקתה של בזק ב-YES, גם אם תוקם התשתית החדשה, ניתן לומר כי כבר היום, ללא קשר למיזוג, התחרות בשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית היא בעייתית. כלומר, כבר כיום טמון במצב בלם תחרותי, אשר אינו עתיד להעלם. הממונה



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

טוענת כי השינוי באחזקות בזק ב-YES יפגע עוד יותר בתחרות, בשל הביאו למצב של שליטת בזק ב-YES. מקובל עלינו, כי בדרך כלל מצב של שליטה כאמור בשוק מעין זה גרוע יותר מהבחינה התחרותית. ואולם, כבר נאמר, כי משמעותו של שיקול זה אינה רבה, כאשר עצם השלמת התשתית ועצם העמדתו לשימוש מתחרה, עומדת בסימן שאלה, ועל כן, השיקול האמור תיאורטי.

61. על רקע האמור לעיל, נבחן את המיזוג שלפנינו. חלק מרכזי מפסק הדין, עד לנקודה זו, עסק בהיתכנות הקמת תשתית IPTV. הסברנו, כי הנחת הממונה, לפיה בזק תשלים תשתית זו בכל מצב, אינה משכנעת והסתברותה נמוכה. ואולם, מאחר שאין אנו שוללים לחלוטין את האפשרות שבזק אמנם תשלים את התשתית, במצב עתידי זה או אחר, ראינו לנכון גם להעמיד תנאים אשר יתמודדו עם המצב.

דנו לעיל במשמעות מימוש האופציות מהיבט בעיית השליטה. הבהרנו, כי לשיטתנו ניתן לפתור את בעיית השליטה באמצעות תנאים.

2. החששות העולים מעמדת הממונה

עתה נציג שוב, ובקצרה, את חששות הממונה ונבחן כיצד ניתן להתמודד עמם.

62. אנו מזהים בעמדת הממונה נגד המיזוג שלושה חששות קונקרטיים: (1) החשש לכך שבזק תשלוט בשתי תשתיות ותפגע במתחריה הקיימים והפוטנציאלים של YES. פגיעה זו תיעשה, בין השאר, על-ידי העלאת דמי השימוש בתשתית החדשה, כך שלא ישתלם לגוף מתחרה כלשהו לעשות שימוש בתשתית לצורך שידורי טלוויזיה רב-ערוצית. (2) החשש שבמצב שבו בזק תשלוט ב-YES לא יהיה לה עצמה אינטרס להתחרות בה והיא תימנע מלהיכנס לתחום השידור. כך תפגע התחרות, כיוון שבשוק יתחרו רק שתי חברות תוכן על שלוש תשתיות, במקום שלוש חברות תוכן לפחות, על שלוש תשתיות. (3) חשש שבזק תנוון את התשתית ה"נכה טכנולוגית" של YES ותעביר את כל שידורי התוכן של YES לשידור על בסיס תשתית ה-IPTV, במקום שידור על תשתית הלוויין, ובכך התחרות



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

תישאר תחרות בין שתי תשתיות, כאשר תשתית אחת תתחלף ולא תתפתח תחרות בין שלוש תשתיות.

63. להשלמת תמונת החששות, נציג בקצרה את התמונה החלופית למיזוג על-פי הממונה, דהיינו, התמונה שבגדרה החששות לא יתמשו. לשיטת הממונה, באם לא יאושר המיזוג, אפשר שתתרחש אחת משתי החלופות הבאות: **האחת** - בזק תמכור את אחזקותיה ב-YES ותכנס לתחום שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית על בסיס התשתית שתקים. בזק כיום מנועה רגולטורית מלעשות כן, זאת בשל כללי הבעלויות הצולבות, כיוון שהיא בעלת מניות ב-YES, אך עם מכירת אחזקותיה ב-YES מניעה זו תחדל מלהתקיים. כבר נאמר, כי היתה הסכמה דיונית, לפיה לצורך הדיון, במצב ללא המיזוג, מצב האחזקות של בזק ב-YES לא ישתנה. **השנייה** - בזק לא תמכור את אחזקותיה ב-YES ותקים תשתית IPTV. אם תקבל אישור רגולטורי לשרד תוכן, תכנס היא עצמה לתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית. אם לא תקבל אישור כזה, תאפשר לחברות אחרות להפעיל טלוויזיה רב-ערוצית על בסיס התשתית שתקים.

להלן נבחן חששות הממונה וגם את החלופות לשיטתה.

א. חשש קביעת דמי המעבר באופן שיכשיל את המתחרים

64. על-פי עמדת הממונה, כאמור, מאחר שכיום בזק אינה ממנה את רוב הדירקטורים בחברת הלוויין, היא אינה בעלת השליטה ב-YES, ואין בידה לנהוג בה מנהג בעלים, אך נתון זה ישתנה אם המיזוג יתרחש, דבר שיאפשר לבזק לפגוע במתחריה הקיימים והפוטנציאלים של YES. הממונה חוששת במיוחד משינוי תוצאת תחולת סעיף 278 לחוק החברות על הדירקטורים של בזק, כפי שפירטנו לעיל. שינוי זה, לגישת הממונה, עלול להתבטא במיוחד בנושא דמי המעבר שבזק תוכל לגבות לצורך השימוש שיעשו YES ומתחריה בתשתית החדשה של בזק. לטענת הממונה, לבזק תהיה יכולת לגבות מכל המשתמשים בתשתית שלה, ובכללם YES, דמי מעבר גבוהים, ומכח השליטה שלה ב-YES תגרום לכך שהדירקטוריון של YES יאשר תשלום דמי מעבר גבוהים, שיכביד על



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

המתחרים, בה בשעה שמבחינתה של בזק, יעבור כסף מכיס אחד שלה (YES) לכיס אחר שלה (בזק).

אנו מכירים בכך, שממוש האופציות יביא לשליטה של בזק ב-YES. ואולם, אין אנו סבורים כי די בכך כדי להביא למניעת המיזוג, מאחר שהחשש שמא בכך תימנע תשתית נוספת לשידורי טלוויזיה רב-ערוצית אינו חשש שהסתברותו עומדת במבחן מאזן ההסתברויות האזרחי. טעמינו לכך כבר פורטו. בנסיבות אלו, החשש לפגיעה בתחרות אינו ממשי במידה המצדיקה מניעת המיזוג, בהתחשב בנוסחת האיזון הרלבנטית שתוארה לעיל, וביכולת הרגולטור (משרד התקשורת) להפעיל את סמכותו על-פי סעיף 5 לחוק התקשורת, בכל הנוגע להסדרת השימוש ברשת בזק ציבורית בידי בעל רישיון לשידורים, ובכלל זה קביעת דמי מעבר, הקצאת קיבולת והסדרים שונים.

בנסיבות אלו, מסתמנת אך ורק דרך העמדת התנאים, מהטעם של אי-פגיעה בלתי מידתית בזכות היסוד הקניינית הטמונה במימוש האופציה. הובהר, כי לשיטתנו הפתרון לחשש העיקרי הנוגע לשימוש בתשתית החדשה - הפגיעה במתחרים - הוא פתרון המצוי בהישג ידינו, וימצא ביטויו בתנאים, כפי שיפורטו.

ב. חשש הימנעות בזק מכניסה עתידית לתחום שידורי טלוויזיה רב-ערוצית.

65. חשש הממונה, מכך שבזק לא תכנס לתחום השידור, מניח כי ללא המיזוג התחרות הצפויה תהא טובה יותר, ובכלל זה, בזק עצמה תפעל בתחום השידורים. אנו סבורים, כי ההערכה שללא המיזוג בזק עצמה צפויה להיכנס לתחום התוכן של שידורי טלוויזיה רב-ערוצית, אינה מבוססת. שיקולינו לכך פורטו לעיל, והם הבאים: ראשית, כאמור, לפי שעה, בשל מגבלות רגולטוריות. שנית, בשל השאלות העולות בנושא הכדאיות הכלכלית.

סיבה נוספת המעמידה בספק כניסה של בזק לשוק התוכן, אף אם תוכל לעשות כן רגולטורית ואף אם תמכור את אחזקותיה ב-YES או לחלופין תחליט להתחרות בה, נעוצה בהערכה ששוק הטלוויזיה הרב-ערוצית, כפי שאנו מכירים אותו, הוא כיום שוק רווי. שוק



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

זה מחזיק, לפי נתוני הממונה, כ-84% מהאוכלוסייה, אחוז שהוא מהגבוהים בעולם, וכיום אין צפי לכך שהשוק יגדל (עדותו של מר אילן שחורי עמ' 56 פרו' מיום 22.1.08 ועדותו של מר רוזנברג, פרו' מיום 29.5.08, עמ' 96-100). על פי הנתונים שהובאו לפנינו, מצבה הפיננסי של YES בעייתי (חוות דעת שחורי, עמ' 13), וזאת במצב בו היא מחזיקה בכ-550 אלף מנויים (כ-35% מהשוק). נראה אפוא כי משיכת מנויים מסיבית מ-YES עלולה לדרדר אותה, וזאת בוודאי גם בזק מבינה.

חשוב להדגיש, כי אף אם בזק תוכל להקטין את עלויות התשתית הטכנולוגית, אנו מעריכים שאת עלויות התוכן קשה יותר להקטין, זאת מאחר שעלויות התשתית הן ברובן עלויות שקועות, כלומר, עלויות אשר נעשו בעבר ואינן משפיעות על החלטות החברה כיום. עלויות התוכן לעומתן, הן עלויות שוטפות. כלומר, עלויות אשר משפיעות על ההחלטות העסקיות של החברה. ולכן, אין די בכך שבזק תוכל לצמצם את עלויות התשתית. אם בזק לא תוכל לצמצם את עלויות התוכן, יהא עליה להגיע למספר גדול מאוד של לקוחות טלוויזיה רב-ערוצית כדי להגיע לאיזון תפעולי, דהיינו, לכך שהוצאותיה השוטפות יתאזנו עם הכנסותיה.

66. השאלה העולה היא: מניין תשיג בזק את מספר המנויים הדרושים? בשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית חולקות כיום שתי מתחרות: YES, שכאמור מחזיקה בכ-35% מהשוק, והוט שמחזיקה בכ-65% מהשוק (כמיליון לקוחות), ואין ביקוש שלא בא על סיפוקו. בכדי להיכנס לתחום שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית הדיגיטאלית (טכנולוגיית ה-IPTV היא טכנולוגיית שידור דיגיטאלית, בדומה לטכנולוגיית השידור של YES, להבדיל, הוט, משדרת גם דיגיטאלית וגם אנלוגית), חייבת בזק למשוך מנויים של חברות אחרות. נתוני העבר מלמדים, שאין זו משימה קלה (כניסתה של YES לשוק), במיוחד לאור העובדה כי בהוט מנויים כ-300 אלף, אשר צורכים חבילת שידור אנאלוגית ואשר אינם צפויים לרכוש חבילת שידור דיגיטאלית, אם מסיבה כספית (שידורים דיגיטאלים כיום יקרים יותר), ואם מסיבה של העדפות צריכה.



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

כמו-כן, כניסתה של טכנולוגיית ה-DTT צופנת בחובה "זליגה" של מנויים מהוט ו-YES לכיוון שימוש בטכנולוגיה זו, אשר דורשת השקעה חד-פעמית בעלות שמשפחה משלמת לתקופה של כחודשיים אצל כל אחת מהחברות (YES והוט). אמנם, הצפי של מעבר הלקוחות מהחברות לשימוש בטכנולוגיית ה-DTT עומד על כ-6-7 אחוזים בלבד (ראו כתב התשובה לערר, עמ' 19, ו-ע/5), אך על-פי הידוע מאמצעי התקשורת, ישנן חברות שונות (כדוגמת בלוקבאסטר ופרטנר) אשר בוחנות אפשרות לעצב טלוויזיה רב-ערוצית "חדשה" על תשתית ה-DTT, שבה יינתנו בנוסף לערוצים הפתוחים מה-DTT גם ערוצי VOD (כיוון שכאמור, אין אפשרות לספק ערוץ חוזר (VOD) בטכנולוגיית ה-DTT, שירות זה יינתן בחיבור לטכנולוגיה נוספת כגון ה-IPTV או WIMAX או אינטרנט). פרסומים שונים באמצעי התקשורת מעריכים את מספר הנוטשים מבין חברות הטלוויזיה הרב-ערוצית עד לשיעור של כ-18% מהלקוחות. אף כי לא ייחסנו להערכות אלו משקל של ממש, אין להתעלם מהן לגמרי, כיוון שהן מצביעות על מגמה מסוימת, מגמה של שינוי בתחום צריכת הטלוויזיה הרב-ערוצית.

67. על יסוד האמור לעיל, הדעת נותנת שאין לבזק אינטרס של ממש להיכנס לשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית הדיגיטאלית במצבו כיום, מכמה סיבות: (1) בזק עדיין מחזיקה ב-49.78% מ-YES ומרוויחה או מפסידה 49.78% מרווחי או הפסדי YES, ולכן, על כל מנוי שבזק תצליח למשוך מ-YES, בזק מצד אחד תזכה בדמי המנוי שלו אך מצד שני תפסיד 49.78% מדמי המנוי ששילם ב-YES. מכאן, שהאינטרס של בזק יהיה למשוך לקוחות בעיקר מהוט, דבר אשר עושה את מלאכת השגת מספר המנויים הבסיסי לצורך איזון תפעולי קשה עוד יותר. (2) הסיכוי לכך שבזק תצליח למשוך מספר מספק של מנויים מהחברות הקיימות (אף אם תתחרה בעוצמה עם YES) בכדי להגיע לאיזון תפעולי, הוא קטן. הערכה זו מקבלת משנה תוקף, כאשר בוחנים את כניסתה של YES לתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית. YES בשנותיה הראשונות החזיקה בעליונות טכנולוגית (שידרה בטכנולוגיה דיגיטאלית לעומת הוט, שבאותם ימים שידרה בטכנולוגיה אנלוגית נחותה), והתחרתה במתחרה אחת בלבד (לעומת בזק, שתיאלץ להתחרות עם שני מתחרים קיימים), ולמרות זאת לא הצליחה למשוך מספיק מנויים, ועד היום (כשמונה שנים לאחר שהתחילה לשדר), מצויה היא בהפסדים.



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר

מסקנתנו היא, על-כן, שרכיב משמעותי זה - רכיב הכדאיות בכניסה לשוק השידורים, בניתוח שהציגה הממונה, אינו משכנע, וכך כניסת בזק לשוק זה, אם לא יתקיים המיזוג, רחוקה מהמציאות. מכאן, שהחשש האמור אינו מוביל למסקנה של מניעת המיזוג.

ג. חשש ניוון תשתית הלוויין

68. מקובל עלינו, כי שיקולים טכנולוגיים וכלכליים עלולים להביא את בזק להעדיף עבור YES את תשתית ה-IPTV, אם תקים תשתית זו, על פני תשתית הלוויין, ומבחינה זו שלא לתמוך בתשתית הלוויין ולמצער שלא לתחזקה, דבר שיגרום לניוון תשתית זו. לאובדן תשתית זו יש משמעות תחרותית, לפחות בטווח הזמן הקרוב. חשש זה מתחזק, לאור העובדה שהשימוש בתשתית הלוויין יקר יחסית בשוק כמו ישראל, ומושפע מאוד ממספר המנויים, שעלול לקטון, וכתוצאה מכך מחיר התשתית למנוי יעלה (דברי רוזן, פרו' מיום 5.1.08, עמ' 71-72).

חשש זה אינו מוביל למסקנה שיש להתנגד למיזוג. השיקולים לכך כבר פורטו בהתייחס לחשש הראשון. ואולם, מהטעמים שפרטנו לעיל לגבי כוונתנו להתנות המיזוג בתנאים, מצאנו לנכון לטפל גם בחשש זה באמצעות התנאים. לגישתנו, בכדי להפיג חשש זה, ניתן לקבוע בתנאים כי בזק תמנע מלהעביר את שידורי YES לתשתית IPTV במשך תקופה מסוימת, עד אשר ייווצרו תנאים מתאימים יציבים בשוק. כבר נאמר, כי ל-YES חוזה החכרת מקטעי החלל עד 2016. להגבלה זו ניתן לצרף סייג, בשל היות תשתית הלוויין מוגבלת, ובשל כך לקבוע כי YES תוכל לעשות שימוש בתשתית בזק רק לצורך קבלת שירותים שאינם יכולים להינתן על-ידי תשתית הלוויין. באופן זה יתרכז עיקר שירותה של YES בתשתית הלוויין.

התנאים למיזוג - כפותרי הקשיים, לרבות אלו הקיימים ללא מיזוג



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

69. ביסוד התנאים אשר בדעתנו להעמיד למיזוג עומדת, אפוא, הערכתנו, כי גם ללא המיזוג קיימות מגבלות תחרותיות בשוק בו מדובר, בשל החזקתה הקיימת של בזק ב-YES. לכן, העמדת התנאים – המתאפשרת בשל היזקקות בזק ו-YES לאישור בית הדין – מאפשרת, אף במקרה בעל ההסתברות הנמוכה, שכל חששותיה של הממונה יתממשו – מניעת פגיעה משמעותית בתחרות, וכן אף שיפור התחרות בשוק.

יסודם של תנאים אלה, לשיטתנו, הוא בהעמדת ברירה לפני בזק: לבחור בין הטלוויזיה הרב-ערוצית באמצעות YES, לבין הטלוויזיה הרב-ערוצית באמצעות טכנולוגיית IPTV. אם בוחרת היא במיזוג, משמעות הדבר מבחינתה היא הרחקת YES מתשתית ה-IPTV. בדרך זו תחובר המערערת ישירות, בכל הנוגע להעברת שידורי טלוויזיה, לתשתית אחת בלבד. נציין, כי הפתרון המבני – דהיינו, הפרידה של בזק מהתשתית שתקים – הגלום בתנאים שהוצעו על-ידי המשיבה 2, אינו ישים לשיטתנו, בשל פגיעתו מרחיקת הלכת בזכות הקניין, כעולה מהאמור לעיל. על-פי התנאים שהצענו, בעלותה של בזק על שתי התשתיות תישמר, אבל השלכתה כגורם תחרותי תוקטן ככל שניתן.

70. להשלמת התמונה, תחויב המערערת לאפשר לגורמים אחרים בשוק גישה פתוחה לתשתית IPTV שתהא בבעלותה, תמורת דמי שימוש או מעבר שייקבעו על-ידי הרגולטור. באופן זה, התשתית החדשה תועמד לרשות מתחרים אחרים, ועל YES יהא לדבוק בתשתית הלוויין. הקמת התשתית במלואה בזמן קרוב תובטח על-ידי התנאים, כאשר אחד התנאים יהא העמדתה תוך שנה למצער לחלק מהאוכלוסייה, ותוך שלוש שנים למרביתה. אנו מעריכים כי יהא לבזק עניין לנצל את תשתית ה-IPTV שבבעלותה על-ידי מתן זכות מעבר למשדרים אחרים במחיר סביר, שיתחשב בהשקעתה. אכן, כל משתמש כזה, כאמור, גם יתחרה עם YES, אבל משהתשתית כבר תוקם – יהא לבזק עניין לנצלה, ולו על ידי גביית דמי שימוש – ומאחר שדמי השימוש ותנאיו ייקבעו על-ידי הרגולטור, אנו סבורים כי החשש הנגרם בשל שליטתה בתשתית יצומצם. עם זאת, אנו סבורים כי כדי ש-YES תספק תחרות של ממש להוט ולכל משדר אחר, יש לאפשר גם לה שימוש ב-IPTV



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

באותה עלות, לצורך מתן שירותי VOD או כל שירות אחר שלא תתאפשר נתינתו באמצעות הלוויין.

71. כאמור, אנו סבורים כי יש לקבוע בתנאים מועד להעמדת תשתית IPTV המלאה על-ידי בזק גם לרשות מתחרים אחרים בתחום השידור. ויוטעם, **לא ניתן להבטיח את עצם הקמת התשתית במלואה ללא התנאים**. יש לציין בהקשר זה, כי דו"ח ועדת גרונאו המליץ על פתיחת התשתיות לשימושם של ספקי תוכן שונים (ראו: דו"ח ועדת גרונאו עמ' 77 – 78), ושר התקשורת אימץ המלצות אלו, בכך שקבע כי **"יישום המלצות הוועדה יביא למגרש משחקים מאוזן, שבו יוכלו מספר רב של שחקנים לספק שירותים מגוונים, וזאת, בין היתר, באמצעות קנייה סיטונאית של שירותי תקשורת ..."** (ראה עמ' 1 להחלטה בדבר אימוץ הדו"ח, שינויים ודגשים, אתר משרד התקשורת). כך, שיתכן שגם אם לא תיקבע בתנאים החובה להעמדת תשתית ה-IPTV לשם שימושם של מתחרים אחרים, תושג אותה תוצאה, מאחר שכאשר תקום תשתית זו, אף בזק תחויב לעשות כן מכוח הוראות שר התקשורת, שישאו אופי מחייב בדין. ברם, תנאי בית הדין בהקשר של הקמת התשתית ופתיחתה ישמשו למטרות נוספות, אשר לא היו מושגות אחרת.

72. השגת המטרות הנוספות תימנע פגיעה בתחרות, בכך שתבטיח שהתשתית תוקם, תועמד לרשות מתחרים אחרים, ואף תתחזק כראוי, ובכך תינתן תשובה לחששות הממונה, שהסתברות התרחשותן, כאמור, נמוכה. מטרות אלו יפורטו להלן.

ראשית, גם אם בזק תחויב על-ידי הרגולטור לפתוח את תשתיותיה לשימושם של אחרים, לא ניתן בדרך אחרת (דהיינו, שלא בדרך העמדת תנאים על-ידי בית הדין) לחייבה להקים את תשתית ה-IPTV, ובכך לאפשר פלטפורמה שלישית. לצורך הקמת תשתית ה-IPTV, נדרשת בזק לבצע השקעה נוספת בלתי מבוטלת, בין אם תחליט להשלים את הדרוש על תשתיתה הנוכחית ובין אם תשלים את השקעת ה-NGN. לכן, אנו רואים לנכון לקבוע בתנאים כי בזק תהיה מחויבת להקים את תשתית ה-IPTV. **שנית**, כבעלת אינטרסים בחברת YES, ומול החשש שבזק תעכב את השלמת התשתית, כדי שמתחריה לא יוכלו לעשות בה שימוש - ייקבע בתנאים כי בזק תהיה מחויבת להקים את תשתית ה-



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**פני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

IPTV בתוך פרק זמן מוגבל וקצר. **שלישית**, מול החשש שבזק, בעת שתוקם תשתית ה-IPTV, תעביר את כל שידורי YES לתשתית שבבעלותה המוחלטת, וכדי לייחד את תשתית ה-IPTV לשימושם של מתחרים אחרים, אנו רואים לנכון לקבוע בתנאים איסור על בזק להעביר את שידורי YES לשימוש בתשתית ה-IPTV, למעט לצורך מתן שירותים שלא ניתן לתייתם על גבי תשתית הלוויין (כגון: ערוץ חוזר - VOD). **רביעית**, למול החשש, שמאחר שבזק אינה רשאית רגולטורית לשדר תוכן על גבי תשתית ה-IPTV וכן מנועה היא מלהעביר את שידורי YES לתשתית זו, תימנע בזק מתחזוקת התשתית - למעט כל הקשור לשימושים ש-YES עושה בהם שימוש - וכתוצאה מכך התשתית לא תתחזק כראוי והחברות שיעשו בה שימוש יפגעו, אנו רואים לנכון לחייב את בזק בתנאים לתחזק את התשתית המוקמת כראוי (פירוש המילה "כראוי" ייעשה על-ידי הרגולטור).

אם כן, על-ידי התנאים, אנו מבטיחים כי תקום תשתית שלישית לשידורי טלוויזיה רב-ערוצית בתוך זמן קצר, אשר תהיה פתוחה בעלות סבירה לשימוש על-ידי ספקי תוכן שיחפצו לעשות בה שימוש, וכן מבטיחים שתשתית זו תתחזק באופן ראוי.

73. לסיכום, בהתחשב בעובדה שניתן ליתן הוראות התנהגות (וראו לצורך להסתפק בתנאים התנהגותיים, סעיף 14 לעיל) לחברות המתמזגות, דווקא בשל רצונן במיזוג, ניתן להביא באמצעות התנאים לכך שהמיזוג לא זו בלבד שאינו פוגע משמעותית בתחרות, אלא שהוא אף מסיר חלק מהקשיים התחרותיים הקיימים בשוק ללא המיזוג. נחזור ונדגיש, גם ללא המיזוג אין מדובר בשוק תחרותי, ואין בידינו לומר בהסתברות מניחה את הדעת שהמיזוג הוא שיגרום לפגיעה משמעותית בו. אכן, ככלל, מיזוג שאינו פוגע משמעותית בתחרות גם אין ללוות בתנאים, אך בהכירנו את הדינאמיות הרבה שבשוק זה, מצאנו לנכון להעמיד תנאים שיש בהם תשובה לכל התרחשות עתידית בשוק. נציין, כי הקמת תשתית IPTV היא בשורה לתחרות – וטוב היה לו היתה מוקמת תשתית כזו על-ידי גוף שאינו בעל אינטרסים רלבנטיים בגוף אחר, ואולם, לא זה המצב מלכתחילה. יתר-על-כן, הניתוח דלעיל מראה שדווקא עם המיזוג הבעיות התחרותיות בשוק יופחתו, ולו בשל התנאים.



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

74. בסיום דברינו, נציין כי אנו מניחים שיתוף פעולה של הרגולטור, דהיינו של שר התקשורת ככל הנחוץ ליישום התנאים, זאת בין השאר, מאחר שאימץ את דו"ח גרונאו ודאגתו לתחרות בשוק בו מדובר כבר הוכחה במציאות. ברם, אם משימה מסוימת שמצאה ביטוי, מפורש או מכללא בתנאים, אינה מקובלת עליו יוכל - הוא או הפועלים מטעמו- לפנות לבית הדין לצורך שינוי התנאים כנדרש.

75. לאור האמור אנו מקבלים את הערר, מבטלים את החלטת הממונה ומאשרים את המיזוג, בכפוף לתנאים שיפורטו להלן.

76. התנאים הם:

1. אם תבחר בזק לקיים את המיזוג (להלן: ההחלטה), תעמיד בזק רשת בזק ציבורית (כהגדרתה בחוק התקשורת) ניחת רחבת סרט המאפשרת מתן שירותים של שידורי טלוויזיה למיניהם (כולל VOD) באיכות מובטחת, טיב שירות ותכונות MULTICAST ו- UNICAST המתאימות להעברת שידורי טלוויזיה ממוקד (או ממוקדים) של מפעיל שידורים אל מנוייו (להלן: "תשתית בזק"). משרד התקשורת יקבע, בתוקף סמכותו על-פי חוק התקשורת, את פרטי השירותים. תשתית בזק תוקם בלוח זמנים כמפורט:

- א. תחילת מתן שירות ברמת כיסוי המאפשרת שירות ל-30% ממשקי הבית (ולא פחות מ-600,000 ממשקי הבית) – תוך 12 חודש מההחלטה.
- ב. כיסוי 50% ממשקי הבית במדינה (ולא פחות מ 900,000 ממשקי הבית) – תוך 24 חודש מההחלטה.
- ג. כיסוי 80% ממשקי הבית במדינה (ולא פחות מ 1,600,000 ממשקי הבית) – תוך 36 חודש מההחלטה.

2. החלטת בזק תינתן תוך 90 יום.



בית המשפט

ה'ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

3. כל עוד אין לפחות מתחרה אחד (שאינו YES או קשור עמה) המעביר שידורי טלוויזיה על תשתית בזק, אשר צבר, לבד או יחד עם אחרים, למצער 100,000 מנויים פעילים עמם הוא קשור בהסכם או שהכנסתו מהשידורים עומדת על 10,000,000 ש"ח לחודש במשך 3 חודשים רצופים, YES תוכל לתת באמצעות תשתית בזק רק שירותים דו-כיווניים שאינם ניתנים לשידור בלוויין (כדוגמת VOD ו-NPVR ומשחקים אינטראקטיביים), כך ששירותים חד כיווניים (BROADCAST) במתכונת הניתנת היום (SD ו-HD), ימשיכו להינתן באמצעות הלוויין. תנאי זה יעמוד בתוקפו במשך שש שנים מיום אישור המיזוג.

4. בזק תאפשר לכל גוף העומד בתנאי ההסדרה לגוף משדר שידורי טלוויזיה גישה פתוחה (OPEN ACCESS) לתשתית בזק בתנאים ובדמי שימוש אחידים וסבירים, שייקבעו בידי הגורמים המוסמכים על פי חוק התקשורת, וזאת מהשלב הראשון בלוח הזמנים שנקבע בסעיף 1. היה והגורמים המוסמכים בחוק התקשורת יחליטו שלא לקבוע את תנאי ודמי השימוש כאמור, תקבע זאת הממונה על ההגבלים העסקיים.

5. תישמר הפרדה מבנית בין חברת בזק לחברת YES, בתנאים הקבועים כיום באשר להפרדה מבנית בין חברת בזק לחברות-הבת האחרות (בזק בינלאומי, פלאפון), כדי לאפשר פיקוח ראוי על הגינות התחרות.

6. בזק לא תספק או תקבל שירות או מוצר ל-YES או ממנה, אלא אם החלטה לגבי קבלתו או נתינתו תתקבל לפחות ברוב של 75% מחברי הדירקטוריון של YES.

7. אם YES תעבור לשידור על גבי תשתית IPTV ובתשתית הלוויין לא ייעשה שימוש על-ידי גוף אחר, אזי אם אותה עת יהיה בכוחה של בזק, מכח אחזקותיה ב-YES, להביא להשכרת התשתית לשידורי טלוויזיה, תחויב בזק לעשות כן, וכן



בית המשפט

ה"ע 706/07

בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

04/02/2009

**לפני: כבוד השופטת מרים מזרחי, המשנה לאב בית הדין
פרופ' ראובן חורש, חבר
נדב ליסובסקי, חבר**

לתחזקה במחיר ובדרך שיקבע הרגולטור. בזק תוכל לפנות לבית הדין לשחררה מקיום חובת התחזוקה, אם לא יימצא משתמש חדש.

8. בזק תעמיד ערבות בנקאית בנוסח בלתי מסויג, שיאושר בידי הממונה, בסכום של 200 מליון ש"ח להבטחת קיומם של תנאים אלה, עד לסיום ההסכם הקיים שבין YES לבין חברת חלל, ולא יותר מעד לשמונה שנים. הערבות תימסר לממונה על הגבלים עסקיים.

- (1) קבעה הממונה כי תנאי מתנאי המיזוג הופר הפרה מהותית – יחולט כל סכום הערבות הבנקאית;
- (2) קבעה הממונה כי תנאי המיזוג הופרו בהפרה אחרת – יחולט סכום של 10,000,000 ש"ח בגין כל הפרה, ובנוסף – סכום זה עבור כל חודש ימים נוסף בו נמשכה ההפרה;
- (3) חולטה הערבות, כולה או מקצתה – תעמיד בזק ערבות בנקאית בתוקף מידי להשלמת מלוא הסכום הקבוע בסעיף 8 לעיל;
- (4) למען הסר ספק בלבד, מובהר בזה כי אין בחילוט ערבות כאמור כדי למנוע נקיטה בכל הליך אחר על פי חוק ההגבלים העסקיים, לרבות הליך להפרדת החברות שמוזגו.

9. כל האמור בתנאים כפוף להוראות ותנאים נוספים שייקבעו על ידי הגופים המסדירים על-פי דין.

בנסיבות העניין אין צו להוצאות.

ניתן היום, ט' בשבט תשס"ט (3 בפברואר 2009), בהעדר.

המזכירות תשלח עותקים לצדדים.

נדב ליסובסקי, חבר

פרופ' ראובן חורש, חבר

מרים מזרחי, שופטת