



## רשות ההגבלים העסקיים

### החלטה בדבר אישור מיזוג בתנאים:

# בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ ודי.בי.אס שירותי לווין (1998) בע"מ.

## א. הקדמה

ביום 2 בינואר 2005 נתתי הסכמתי, המותנית בתנאים, למיזוג בין בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: "בזק") ובין די.בי.אס שירותי לווין (1998) בע"מ (להלן: "חברת הלווין"). מיזוג זה העניק לבזק "שליטה", כמשמעה בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים") בחברת הלווין. התנאי העיקרי בו התניתי את הסכמתי למיזוג הינו כי לתקופה של תשעה חודשים מיום אישור המיזוג, לא יעלה חלקה של בזק בכל הזרמת כספים לחברת הלווין, על חלקה היחסי במניות חברה זו, כאשר החלק האחר יוזרם על ידי בעלי המניות האחרים בחברה, כולם או חלקם (להלן: "תנאי ההזרמה").

הצדדים למיזוג הודיעוני על התנגדותם לתנאי ההזרמה ועל כוונתם לערור בפני בית הדין להגבלים עסקיים על החלטתי זו. כן הודיעתני בזק כי בינתיים אין היא מבצעת את המיזוג כיוון שהתנאי אינו מקובל עליה ואין היא מעוניינת לעמוד בו. אכן, מיזוג ותנאיו הם שטר ששוברו בצידו: החפץ לבצע את המיזוג חייב לכבד את תנאיו עד גמירא ואם אינו מוכן לעשות כן – בל יתמזג ויערור על החלטת הממונה. דוקטרינת הבחירה (Doctrine of Election) שבדיני היושר מורה כי אין הדין מאפשר לאדם ליטול טובות הנאה הכרוכות בהחלטה ובה בעת להתעלם מהנטל, שהוצב באותה החלטה עצמה, לקבלת טובת ההנאה (במקרה זה: תנאי ההזרמה). התנאי הוצב להבטחת טובת הציבור והתחרות. זניחתו כמוה כסיכול תכלית החקיקה.

בנסיבות אלה, רואה אני לנכון לפרסם את עיקרי הנימוקים שהביאוני להחלטה זו ואותם פרשתי בשעתו גם בפני הצדדים עצמם. מן הראוי כי הנימוקים להחלטה יעמדו למבחן בית הדין להגבלים עסקיים לצד ההחלטה עצמה בהליך הערר.

## ב. רקע עובדתי

### ב.1. הצדדים למיזוג

בזק היא חברה ציבורית, המצויה מזה שנות דור בבעלות ובשליטת מדינת ישראל (49.1%). על בעלי המניות בבזק נמנים גם חברת זאבי תקשורת (בכינוס נכסים – 17.8%) והציבור (33.1%).

לבזק רשיון על פי חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 של מפעיל פנים ארצי (מפ"א) המאפשר לה לספק לציבור שירותים פנים ארציים נייחים – תשתית, תמסורת, תקשורת נתונים

---

רח' כנפי נשרים 22, ת.ד. 34281 ירושלים 91341 טלפון: 02-6556111 פקס: 02-6515330

[jerusalem@antitrust.gov.il](mailto:jerusalem@antitrust.gov.il)

וטלפוניה ועוד. כן מספקת בזק, באמצעות חברות בנות וחברות קשורות (להלן: "קבוצת בזק"), מגוון רחב של שירותי תקשורת וביניהם טלוויזיה רב ערוצית (באמצעות חברת הלוויין), טלפוניה סלולארית (באמצעות פלאפון תקשורת בע"מ), תקשורת בינלאומית ואספקת גישה לאינטרנט (באמצעות בזק בינלאומי בע"מ) ואספקת ציוד קצה (באמצעות חברת הבת בזק כל בע"מ).

**בשנת 1995** הכריז הממונה, בהתאם לקבוע בסעיף 26 לחוק, על בזק כבעלת מונופולין בכל אלה<sup>1</sup>:  
 1. שרות טלפון בסיסי. 2. מתן שירותי תשתית תקשורת. 3. מתן שירות טלפון בינלאומי דו כיווני בלתי מסוייג, לרבות מתן שרות טלפון בינלאומי לשיחות נכנסות.<sup>2</sup> 4. שרותי העברה ותמסורת של שידורים לציבור. ערר שהגישה בזק על הכרזתה – נדחה על ידי בית הדין להגבלים עסקיים.<sup>3</sup>  
**בשנת 2004** הכרזתי על בזק גם כבעלת מונופולין באספקת שירותי גישה לאינטרנט בקצב מהיר, באמצעות רשת הגישה למנוי ובאספקת שירותי גישה בקצב מהיר באמצעות רשת בזק ציבורית מרכזית.<sup>4</sup>

הצד האחר לבקשת המיזוג שבפניי – **חברת הלוויין**, הוקמה בשלהי שנות ה-90 כמתחרה לחברות הכבלים – בעלות מונופולין אזוריים בשוק הטלוויזיה הרב ערוצית למנויים. חברת הלוויין מספקת שידורי טלוויזיה רב ערוצית באמצעות לוויין (Direct Broadcast Satellite) DBS. בעלי המניות בה, עובר למיזוג, הם **בזק** (49.8%), **יורקום** תקשורת בע"מ (31.4%), **פולאר** השקעות בע"מ (8.1%), **גילת די. בי.אס** בע"מ (5.5%) ו**לידן** סוכנויות להשקעות (1994) בע"מ (5.1%).

לקראת כניסתה של חברת הלוויין לשוק הטלוויזיה הרב ערוצית למנויים והנץ התחרות בשוק זה, פעלו זרועות הממשלה השונות להסרת חלק מחסמי המעבר והקלתם של אחרים, הכל על מנת לאפשר תחרות בחברות הכבלים. במסגרת זו פעל הממונה להצבת תנאים לאישור הסדר רכש התכנים המשותף לחברות הכבלים ("הסדר אי.סי.פי") המחייבים את החברות למכור מן התכנים שהן רוכשות במשותף – לחברת הלוויין (התנאים אושרו על ידי בית הדין להגבלים עסקיים)<sup>5</sup>; עוד נקבע הסדר למתן גישה לחברת הלוויין לתיול שבבית הלקוח; ולבסוף – המועצה לשידורי כבלים ולוויין העניקה לחברת הלוויין "הגנת ינוקא" לשידורי טירינג בלעדיים לחלון זמן ממושך – הגנה מיוחדת שאף זכתה לאישורו של בית המשפט הגבוה לצדק.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ – הכרזה בדבר קיום מונופולין; 1995 הגבלים עסקיים 3001314.

<sup>2</sup> ההכרזה בשוק זה בוטלה בהמשך. ראה: ביטול הכרזה על בעל מונופולין – בזק בינלאומי בע"מ; 2001 הגבלים עסקיים 3010866.

<sup>3</sup> ערר 7/95 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים; 1997 הגבלים עסקיים 3001553. בפני בית הדין להגבלים עסקיים תלוי ועומד עררה של בזק על החלטתי שלא לבטל את הכרזתה בשווקים אלה: ערר 6/01 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים.

<sup>4</sup> בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ – הכרזה בדבר קיום מונופולין; 2004 הגבלים עסקיים, טרם פורסם. הכרזה זו החליפה הכרזה קודמת על בזק כבעלת מונופולין בתחום תשתית בזק למתן שירותי גישה בקצב מהיר.

<sup>5</sup> הי"ע 3276/99 ערוצי זהב ושות' נ' איגוד במאי קולנוע וטלוויזיה בישראל; 2000 הגבלים עסקיים 3008057.

<sup>6</sup> ר' בג"צ 7852/98 ערוצי זהב ושות' ואח' נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד (5) 423.

בשנות פעילותה המעטות הציגה חברת הלווין צמיחה מתמדת במספר המנויים ובהיקף הפעילות. כך, ארבע שנים בלבד לאחר תחילת פעילותה, חברת הלווין היא כיום חברת הטלוויזיה הרב ערוצית הגדולה בישראל, וחלקה בשוק עומד על כ-35% מסך שוק הטלוויזיה הרב ערוצית.<sup>7</sup>

## 2.2. התפתחות האחזקות של בזק בחברת הלווין

בזק היתה ועודנה בעלת מונופולין בשליטה ממשלתית. ככזו, קיימת רגישות להחלטותיה בדבר ניתוב כספיה (המהווים, בעיקרם, כספי ציבור) למטרות שונות. על כן השקעות שלה, בסכומים מהותיים, טעונות היו אישור: כל עוד שלטה המדינה בלמעלה ממחצית זכויות בחברה היו החלטותיה במישור זה טעונות אישור ועדת שרים להפרטה (להלן: "ועדת ההפרטה").<sup>8</sup>

ביום 20 בינואר 1999 קבעה ועדת ההפרטה כי סכום החשיפה המקסימלי המצטבר של בזק במיזם חברת הלווין, אותו תהיה בזק רשאית להשקיע בחברה זו בכל דרך שהיא (לרבות השקעה כנגד מניות, מתן הלוואה, ערבויות להלוואה שחברת הלווין תיקח, או כל דרך אחרת שתגרום לבזק חשיפה) לא יעלה על מכפלת שיעור האחזקות בפועל של בזק דאז בחברה (32.94%) ב- **216 מיליון דולר** (סכום ההשקעה המתוכנן של הבעלים במיזם).

נוכח מה שהוצג מעת לעת כגידול בצרכי המימון של חברת הלווין, ולאור ירידה תלולה בשיעור השתתפותם במימון המיזם של יתר בעלי המניות בחברת הלווין, תוקנה החלטה זו מספר פעמים: כך, ביום 21 בינואר 2001 עידכנה ועדת ההפרטה את סכום החשיפה כך שלא יעלה על 200 מיליון דולר ארה"ב (מכפלת 50% ב- **400 מיליון דולר**); ביום 17 למרץ 2002 עודכן סכום החשיפה כך שלא יעלה על מכפלת 50% ב- **480 מיליון דולר** וביום 13 בינואר 2003 עודכן סכום החשיפה המירבי לבזק במיזם ל-300 מיליון דולר (מכפלה של 50% ב- **600 מיליון דולר**). במסגרת החלטה זו התירה ועדת ההפרטה לבזק לקבל כתבי אופציה, חלף הקצאת מניות, אשר יאפשרו, עם מימושם, התאמה של שיעור החזקותיה בחברה ליחס השקעותיה בפועל מכלל השקעות יתר בעלי המניות. בהתאם להבהרותיה של בזק עצמה, כל הזרמה נוספת מצדה מזכה אותה בקבלת מניות או אופציות לפי בחירתה (כך אף נקבע בהסכם בין בעלי המניות בחברת הלווין). כפי שעולה מהשתלשלות העניינים בפועל, הזרמות נוספות של בזק והגדלת אחזקותיה בחברת הלווין הם למעשה שני צדדיו של אותו מטבע.

יצוין כבר עתה כי ועדת ההפרטה ראתה לנגד עיניה את העיקרון לפיו השקעת בזק בחברת הלווין מתבצעת בד בבד עם השקעת והזרמת כספים מצד יתר בעלי המניות בחברת הלווין.

החלטותיה של ועדת ההפרטה אינן מחוייבות עוד להשקעות נוספות של בזק בלווין. אך שרשרת ההחלטות דלעיל, כמו גם המצגים שהציגה בזק כבסיס להחלטות אלה לאורך זמן, חיוניים להערכת סבירות המהלך העומד על הפרק לעת בחינת עסקת המיזוג הנוכחית: השקעה, על ידי בזק לבדה, של סכום עתק "חדש", נוסף לסכומים שצוינו לעיל, בחברת הלווין, כאשר חברות

<sup>7</sup> בהקשר זה ראוי לציין כי חברות הכבלים קיבלו את הסכמתן, שהותנתה בתנאים, למיזוג ביניהן. יחד עם זאת, עד מועד זה, טרם עלה בידיהם להשלים את המיזוג, וזאת בעיקר עקב סיבות רגולטריות.

<sup>8</sup> בשל היותה של בזק חברה ממשלתית בעבר, היה עליה לקבל את הסכמתה של ועדה זו להשקעות הכספים בחברת הלווין, זאת מכוח סעיף 11(א)(9) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה – 1975.

הכבלים עומדות בימים אלה בתחילת תחרות בזק בליבת עסקיה – המונופולין עתיק היומין שלה בענף הטלפוניה הנייחת.

### 3.ב כניסת חברות הכבלים לתחרות בשוק הטלפוניה הנייחת

ביום 22 באפריל 2002, נתתי את הסכמת, המותנית בתנאים, למיזוג בין חברות הכבלים. אישור המיזוג הותנה, בין היתר, באספקת שירותי טלפוניה נייחים לציבור בישראל על ידי חברות הכבלים על גבי תשתית הכבלים, במועד ובהיקף הקבועים בתנאי המיזוג, על תיקוניהם. למן אישור מיזוג חברות הכבלים נטלה בזק את ההגמוניה בהזרמות הכספים לחברת הלווין, עד כדי היותה, מבין כלל בעלי המניות בלווין – המזרימה היחידה של כספים בשנת 2004.

חברות הכבלים קיבלו רשיון כללי להעקת שירותי טלפוניה פנים ארציים ("מפ"א") נייחים בחודש נובמבר 2003. הרשיון למתן שירותי טלפוניה נייחים, כמפעיל פנים ארצי, הינו אוניברסאלי והחברות מחויבות להשלים את הפרישה הארצית בתוך 3 שנים ממועד קבלת הרשיון. עמידה בתנאי הרשיון אמורה להביא לתחרות בשירות העיקרי הניתן על ידי בזק.

במהלך חודש נובמבר 2004, החלו חברות הכבלים באספקת שירותי טלפוניה לציבור בישראל, על פי הוראות הרשיון הכללי למתן שירותי בזק פנים ארציים שהוענק להם.<sup>9</sup> בדיקה שערכה רשות ההגבלים העסקיים בנוגע להיערכותן של חברות הכבלים למתן השירות העלתה כי הושקעו במהלך זה משאבים רבים, הוניים ואנושיים, וכי הוקמה לשם כך אופרציה תפעולית, הנמצאת כיום בשלבים ראשוניים, שיהיה על החברות לעבותה בהמשך.

### 4.ב עסקת המיזוג

**בחודש מרץ 2004**, אחר שבזק השקיעה כבר במיזם הלווין סכומים של מאות רבות של מליוני ₪, בתקופה קצרה יחסית, אישר דירקטוריון בזק השקעה נוספת של בזק בחברת הלווין בסך של 440 מליון ₪, המיועדת להתבצע בשנים 2004-2005 (להלן: "**ההזרמה הנוספת**"). ההזרמה הנוספת באה בהמשך להזרמות קודמות של בזק לחברת הלווין בסכום כולל ומצטבר של 1,223 מליון ₪. מאז הקמת חברת הלווין ועד ליום 31 במרץ 2004.

מימוש האופציות בגין ההזרמה בשנת 2003 צפוי להביא את שיעור החזקות בזק בחברת הלווין לכ- 55% (להלן: "**המניות הנוספות**"). מימוש האופציות שתקבל בזק בגין ההזרמה הנוספת, במצטבר למימוש האופציות למניות נוספות, צפוי להגדיל את שיעור החזקותיה בחברת הלווין לכ- 60%.

ההזרמה הנוספת המתוכננת להיעשות במקביל למיזוג ולקבלת השליטה בחברת הלווין, היא הזרמה של **בזק בלבד**, ללא הזרמות מקבילות של בעלי המניות האחרים בחברת הלווין ו**אף ללא מימון גופים בנקאיים**. אדגיש כבר עתה: פרופיל זה של השקעה בסכום המגיע כמעט למחצית

<sup>9</sup> בחינה שנערכה העלתה כי בתחילת הדרך ממוקדות חברות הכבלים בשיווק בעיקר ללקוחות קיימים שלהן, בעיקר בגלל חדשנות השירות והצורך ללמוד עקב בצד אגודל את השמתו בפועל. עם זאת, חברות הכבלים הודיעו כי הן מחויבות לחבר לקוחות לרשת הטלפוניה של HOT באופן שוויוני, ללא אפליה בין מנויים קיימים או עתידיים של חברות הכבלים ובין מי שאינם מנויי הכבלים.

מיליארד ש"ח, הנעשה על ידי בזק לבדה, ללא השתתפות בעלי מניות אחרים או בנקים, הינו חריג ביותר והוא מנוגד באורח מובהק למתכונת ההזרמות בתוכניות מימון קודמות לחברת הלווין.

על פי חוק ההגבלים העסקיים חציית קו האחזקות של 50% בחברה טעון אישור הממונה על הגבלים עסקיים. בהתאם לכך, ביום 20 ביולי 2004, לאחר שבזק החליטה לממש את האופציות למניות הנוספות, הגישו בזק וחברת הלווין הודעות מיזוג, בהתאם לסעיף 17 לחוק ההגבלים העסקיים.

### ג. המסגרת התחרותית לבחינת השלכות המיזוג

נקודת המוצא לבדיקתם של חששות לפגיעה בתחרות טמונה בהגדרה ואפיון של "זירת התחרות", קרי – השוק הרלבנטי. הגדרת השוק מאפשרת מיפוי המתחרים וזיקות התחרות ביניהם והיא אמצעי רב ערך ומקובל לאמידת ההשפעה התחרותית המסתברת של מיזוגים והסדרים כובלים.

השוק הרלבנטי כמסגרת התייחסות בסיסית לסוגייה שבפני הוא שוק הטלוויזיה הרב ערוצית למנויים. לא מכבר קבע בית הדין להגבלים עסקיים, בדונו בערר חברות הכבלים על הכרזתן כבעלות מונופולין בשוק זה, כי חברות הכבלים מהוות בעלות מונופולין בתחום אספקת שידורי טלוויזיה רב ערוצית בתשלום, בכל אחד מאזורי הזיכיון לשידורי טלוויזיה בכבלים בו הן פועלות.<sup>10</sup> בכך אישר בית הדין את מסגרת התייחסות של רשות ההגבלים העסקיים לשוק זה.

לצד קיומה של מסגרת בסיסית זו להתייחסות – הגדרת השוק הרלבנטי, חייב הממונה להביא בשיקול דעתו גם את הדינמיקה בה מצוי הענף ומשק התקשורת. שוק רלבנטי אינו שוקט על שמריו – הוא הוויה דינמית, המשתנה ללא הרף. טעמי הביקוש ומקורות ההיצע אינם קופאים על עומדם. גם הם משתנים ובהשתנותם הם משפיעים זה על זה, השפעה המתבטאת הן בעוצמת התחרות בין המוצרים בשוק והן לגבי היקף התפרשותה. אכן, שינויים אלה אינם מתהווים ביום. מקורם, בתהליכים ארוכי טווח. ברם, בהערכת ההשפעה התחרותית של עיסקה, מיזוג, הסדר כובל או פעולת בעל מונופולין יש להביא בחשבון. הטעם לכך פשוט: השחקנים בשוק פועלים לעבר העתיד. הם אינם ממחזרים את העבר. על כן השפעה על התחרות העתידית, כאשר זו ברורה דייה וכשניתן להסתמך על מוצקות התהליכים הדינמיים הקיימים בענף – היא מעניינה המובהק של החוק וחיונית, לפיכך, לשיקולי הממונה בבואו להפעיל סמכויותיו על פי חוק ההגבלים העסקיים.

מן הכלל אל הפרט: התפתחויות טכנולוגיות בתחום התקשורת פורצות בשנים האחרונות מסגרות היצע מוכרות ומביאות, בסופו של דבר, למעבר של מוצרים ושירותים שונים על גבי פלטפורמות תשתית אשר יועדו בעבר למוצר בודד. תופעה זו של **לכידות מוצרים** (Convergence), פותחת בפני השחקנים השונים הפועלים בתחום התקשורת ומספקים מוצרי תקשורת מסורתיים בענפים מובחנים – את האפשרות לפעול גם בענפי מוצר נוספים, בהם לא פעלו בעבר, ולהרחיב כך את מיצוי התועלות מן התשתית שברשותם.

<sup>10</sup> ר' ערר 10,11/99 תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, טרם פורסם. פסק הדין ניתן ביום 20 בספטמבר 2004.

דינמיקה זו האוצרת את תהליכי הלכידות והדיגיטיזציה,<sup>11</sup> מטשטשת את הגבולות בין סוגי המדיה הקונבנציונליים ומשנה בהדרגה, אבחנות יסוד שנדמו, במשך שנים רבות – לחוק: טלפוניה ניידת, אינטרנט רחב פס וטלוויזיה. הטכנולוגיות החדשות מאפשרות העברת מדיות שונות על גבי תשתית תקשורת, אשר בראשיתה יועדה למטרות מוגבלות.<sup>12</sup> כך, על תשתית הכבלים, שנועדה מלכתחילה לספק שידורי טלוויזיה בכבלים, מספקות כיום חברות הכבלים גם שירותי טלפוניה ניידת, נתונים (Data) ואינטרנט בקצב מהיר. אין מדובר בחידוש מקומי אלא בתהליך מרכזי המתרחש במשק התקשורת הבינלאומי:

“Convergence means communication services previously restricted to separate networks can now be provided by any of the network operators... Convergence driven by technological progress is “propelling all communications media towards a single, ubiquitous digital network” has been widely recognized... As expected, convergence brings about a blurring of the distinction between previously separate industries...”<sup>13</sup>

הפועל היוצא מתהליך זה ומן הדנמיקה בה נתון משק התקשורת הוא פתיחתו של שער רחב ידיים בפני החברות בעלות תשתית תקשורת לספק ללקוח סלי שירותים הכוללים מגוון מוצרי תקשורת. יצירת “סלי שירותים” על-גבי פלטפורמה יחידה היא יעד אסטרטגי בענף התקשורת, המאפשרת לבעלי תשתיות יתרונות כלכליים בדמות גישה למקורות הכנסה מגוונים, תוך ניצול יתרונות לגודל (Scale Economies), יתרונות למגוון (Scope Economies) וחסכון בעלויות לשם אספקת השירות. מגמה זו מביאה בכנפיה, במקביל, יתרונות תחרותיים וצרכניים: לשימושים הנוספים בתשתיות פוטנציאל להגדיל את מספר השחקנים הפועלים בכל אחד משוקי המוצר, ואף לשינוי המשקל היחסי של שחקנים שונים בענפים אלה, אשר עשויים להיחשף לתחרות מצד שחקנים העושים שימוש בטכנולוגיות חדשות ומנצלים יתרונות הנובעים מאספקת מגוון מוצרים.

ההשקעה באספקת סל שירותים, משנה גם את מוקד ראיית התחרות עבור השחקנים המספקים שידורי טלוויזיה רב-ערוציים. בעוד שמרבית השיקולים של השחקנים בשוק זה נגעו בעבר, לשוק הטלוויזיה הרב ערוצי, הרי שכיום מייחסים שחקנים אלה משקל נכבד גם להשפעות הגומלין של

<sup>11</sup> תהליך הדיגיטיזציה, המכונה גם “המהפכה הדיגיטלית” הוא העברת שדרי התקשורת מתהליך אנלוגי לתהליכים דיגיטליים, המתאפיינים בהספק ומהירות גבוהים לאין שיעור ובאיכות טובה יותר.

<sup>12</sup> תיקון 25 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ”ב-1982, נועד להתאים את ההוראות הסטטוטוריות לאפשרויות החדשות המתהוות בתחום התקשורת. התיקון מחולל רפורמה רחבת היקף בכל האמור לרגולציית התקשורת בישראל, מסיר מגבלות על עיסוק בתחומי פעילות שונים, ופותח את גבולותיהם. הוראות התיקון פורצות מסגרות קיימות ומשנות סדרי בראשית במפת התקשורת הישראלית, תוך שהן יוצרות אפשרויות חדשות לשימוש בתשתיות קיימות.

<sup>13</sup> Bing Zhang, **Understanding the impact of convergence on broadband industry regulation: a case study of the United States**, Telematics and Informatics 19 (2002), 38-39.

החלטות מסחריות המתפרשות אף מעבר לגבולות דלת אמות המוצר הבודד. כך לגבי החלטותיהם, כך לגבי החלטות יריביהם – מתחריהם.<sup>14</sup>

על מרכזיותו של תהליך הלכידות וחשיבותו באסטרטגייה שלה, עמדה גם **בזק עצמה** :

”התועלת החזויה לבזק מהחברה (חברת הלווין, ד.ש.) אינה מתמצה בחישובים הכלכליים של רווח והחזר השקעה ישירים בלבד אלא יש לראות את התמונה כולה באשר בטווח הארוך תצטרך בזק להתמודד בשוק החופשי מול חברות אשר יציעו פתרון כולל של טלפוניה (נייחת וסלולרית), העברת נתונים, אינטרנט ושירותי טלוויזיה”.<sup>15</sup>

על הקשר ההדוק שבין שוק הטלפוניה הנייחת לבין שוק הטלוויזיה הרב ערוצית עמדה אף **חברת הלווין** :

”שוק השירותים ושוק הטלפוניה קשורים זה לזה. זיקה בין השווקים הינה פועל יוצא של מציאות כלכלית וטכנולוגית – בשני השווקים פועלים אותם שחקנים, כמו גם גופים הקשורים אליהם בזיקה כלכלית ממשית... כתוצאה מכך, למעשים הנעשים באחד מן השווקים או בקשר עימו – ורגולציה בכלל זה – עשויות להיות השלכות, לעתים מרחיקות לכת, על הנעשה בשוק אחר”<sup>16</sup>

ברור איפוא כי את השפעות המיזוג שבפניי על התחרות יש לבחון הן בשוק הטלוויזיה הרב ערוצית למנויים, הן בשוק הטלפוניה הנייחת והן ביחסי הגומלין שבין שווקים אלה. כך, בין אם תאמר כי הדברים באים בגדר ”התחרות באותו ענף” ובין אם תאמר כי באים הם תחת כנפיה של ”טובת הציבור” שבסעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים. ההשפעות הצולבות בין השווקים רלבנטיות הן לענייננו, במיוחד לאור התהליכים המתהווים בענפים מהם באים הצדדים למיזוג שבפני: בזק – משוק הטלפוניה הנייחת ובו נתון בידה מונופולין, וחברת הלווין – משוק הטלוויזיה הרב ערוצית למנויים :

“Apart from the technological implication, convergence also exercises an impact on business and regulation. As a response to convergence in business strategy, telecommunications companies expand their service territories to other areas previously restricted to them”<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> “At the same time, competition and deregulation make convergence become a reality reflected in companies crossing the previous service boundaries and exploring new markets and business opportunities”, Zhang, 39.

<sup>15</sup> מתוך מסמך הרקע שצורף למכתבה של בזק לשרת התקשורת, מיום 21 ביוני 2001.

<sup>16</sup> “עיקרי המדיניות לעניין הנחות לגודל וסלי שירותים – נייר עמדה”. המסמך הוגש למשרד התקשורת על ידי חברת הלווין ביום 24.10.04.

<sup>17</sup> Zhang, 38.

## ד. השפעות העסקה על התחרות

### 1.ד החשש התחרותי - כללי

החשש המרכזי שמציבה עסקת המיזוג שלפני, לאור ניתוח זירת התחרות לעיל, הוא חשש יונילטרי בבסיסו, להגברת וביצור המונופולין של בזק בשוק הטלפוניה הנייחת: רכישת השליטה המכרעת על ידי בזק בחברת הלווין, על הכרוך ברכישה זו לעת הזו – מחזקת את יכולתה של בזק לפגוע בתחרות בענף הטלפוניה הנייחת מצד חברות הכבלים על ידי התשתן של חברות הכבלים, באמצעות הזרמת כספים בהיקפי עתק להגברת התחרות ב"שוק הבית" של חברות הכבלים – שוק הטלוויזיה הרב ערוצית למנויים – ממנו הן שואבות את משאביהן לתחרות המתהווה בשוק הטלפוניה הנייחת – תוך הצבת משוואה של מאזן הרתעה להתפתחות התחרות בטלפוניה. כל זאת, בשלב הקריטי של פתיחת ענף מונופוליסטי, בו שולטת בזק למעלה משנות דור – לתחרות לראשונה.

חשש זה לפגיעה בכניסת התחרות לענף מונופוליסטי באמצעות התשה מכוונת של היריב ב"שוק הבית" שלו – אינו חדש. המדובר בהתנהגות אסטרטגית: הוא ליווה את משרדי הממשלה השונים בבואם לאשר את הזרמות הכספים מבזק לחברת הלווין בעבר. חשש זה אף לא נעלם מעינייה של ועדת גרונאו, אשר התייחסה לתחרות בין חברת הלווין לבין חברות הכבלים. ועדת גרונאו קבעה, כי לצד השפעה מבורכת של התחרות על צרכני השירות בתחום השידורים, אין לשלול את האפשרות כי הזרמות הכספים נועדו לפגוע "בבטן הרכה של מתחרים עתידיים".<sup>18</sup>

ודוק. החשש שחברה בעלת מונופולין תנקוט בפרקטיקות אנטי תחרותיות בשוק אחד, על מנת לדחוק את מתחרותיה – בפועל או בכוח – בשוק אחר, אינו זר לדיני התחרות. כך למשל, אין הספרות המשפטית והכלכלית שוללת את האפשרות כי ניצול מעמד לרעה של חברה יתרחש בשוק נפרד מהשוק שבו תתרחש ההשפעה התחרותית:

"It has become clear from the jurisprudence of the Community Courts and from the decisional practice of the Commission that it is not necessary for the dominance, the abuse and the effects of the abuse all to be in the same market. In a simple case, X may be dominant in the market for widgets and charge high prices to exploit its customers or drop its prices in order to eliminate competitors from the widget market: clearly Article 82 can apply to this behaviour. However, more complex situations can be imagined. **X might be present on both the widget market and the neighbouring blodget market, and may act on one of those markets in order to derive a benefit in the other.**"<sup>19</sup>

ובמקום אחר נאמר:

<sup>18</sup> דברי הועדה הציבורית להסדרת תעריפי חברת בזק אשר המלצותיה הוגשו לשרי התקשורת והאוצר במרץ 2003, בעמוד 16 לדו"ח.

<sup>19</sup> R. Whish, *Competition Law* (Fifth Ed, 2003), 200.



“... We saw how an established firm may want to cut its price and built a reputation for toughness in order to induce its rival in its market to stay out, to exit, or to sell out at a low price. **Naturally, a multimarket incumbent may adopt the same strategy in one market to improve its position in another market.**”<sup>20</sup>

זאת ועוד. האפשרות שבעל מונופולין יבצר את מעמדו המונופוליסטי על ידי הגבת והתמרת הוצאותיהם של מתחריו, מוכרת גם היא בדיני התחרות.<sup>21</sup> חששות תחרותיים אלה אינם אלא דוגמאות ל"משפחת" השיקולים החייבת לעמוד בפני רשות התחרות לעת פתיחתו של שוק מונופוליסטי לתחרות, והם רלבנטיים אף לעולם המיזוגים.

כפי שיובהר להלן אין מדובר בחשש בעלמא. במהלך בחינת המיזוג מצאה רשות ההגבלים העסקיים אינדיקציות ממשיות לכך שיש במיזוג בין בזק לבין חברת הלווין כדי להעלות חשש סביר לפגיעה משמעותית בשוק הטלפוניה הנייחת כמו גם בציבור. חשש זה מתגבר במיוחד בנקודת הזמן הקריטית בה מצויה התחרות בשוק הטלפוניה הנייחת: ערב פתיחת התחרות בטלפוניה מצד חברות הכבלים. החשש הנוסף העולה מעסקת המיזוג שבפנינו נוגע להעצמת כוחה של חברת הלווין בשוק הטלויזיה הרב ערוצית, וזאת באמצעות העברת מידע מסחרי המצוי בלעדית בידיה של בזק לידי חברת הלווין.<sup>22</sup>

## ד.2 עיתוי ההזרמה הנוכחית – ערב כניסת חברות הכבלים לתחרות בשוק הטלפוניה

החשש לפגיעה משמעותית בתחרות ובציבור מתחדד במיוחד לאור עיתוי המיזוג וההזרמות המלוות אותו: ערב פתיחת שוק הטלפוניה הנייחת לתחרות.

כאמור לעיל, ביום 22 לאפריל 2002 נתתי את הסכמתי למיזוג בין חברות הכבלים. הסכמתי זו ניתנה בכפוף לשורה ארוכה של תנאים בהם התחייבו חברות הכבלים לעמוד. אישור המיזוג הותנה, בין היתר, באספקת שירותי טלפוניה נייחים לציבור בישראל על ידי חברות הכבלים על גבי תשתית הכבלים. פרק זה קובע את היקף ועיתוי ההשקעות שעל חברות הכבלים לבצע לשם אספקת שירותי טלפוניה, כמו גם את המועדים בהם על חברות הכבלים להתחיל ולספק שירותי טלפוניה מסחריים לציבור בישראל. בהתאם לתנאי המיזוג, חויבו חברות הכבלים להתחיל ולספק שירותי טלפוניה באופן מסחרי לציבור לא יאוחר מיום 20 בנובמבר 2004.<sup>23</sup>

התחרות בתחום הטלפוניה הנייחת נמצאת כיום בנקודת זמן חשובה. בשלהי שנת 2004 החלה שותפות המפ"א (מפעיל פנים ארצי) של חברות הכבלים – "הוט טלקום", באספקת שירותי טלפוניה נייחת. בפני הוט טלקום עומדים ממילא חסמי כניסה משמעותיים מאוד; חלקם נגזרים

<sup>20</sup> J. Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, (Fifth printing, 1992), 376.

<sup>21</sup> H. Hovenkamp, *The Law of Competition and Its Practice*. (2<sup>nd</sup> Ed. 1999), p. 318., Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, 1999, 181.

<sup>22</sup> הנסיון המצטבר ברשות ההגבלים העסקיים מעלה, כי בעבר נהגה בזק להעביר מידע מסחרי הנוגע ללקוחות פוטנציאליים לחברות הבנות שלה. במסגרת בירור שערכה הרשות התחייבה בזק, לאחר מעשה, להפסיק ולהעביר מידע מסחרי כאמור.

<sup>23</sup> ראה סעיף 4.1 לתנאי מיזוג חברות הכבלים, על תיקונו.

ממאפייני התחום ורלוונטיים לכל מתחרה פוטנציאלי (מבנה שוק מונופוליסטי, איתנות פיננסית של המונופול, אינטגרציה שלו בענפים פריפריאליים ועוד), וחלקם ייחודיים להוט טלקום: זו נדרשת ברשיונה לעמוד בחובת פריסה כלל ארצית (שירות אוניברסלי) עד דצמבר 2006,<sup>24</sup> קרי לספק את השירות לכל דורש, בכל רחבי הארץ ובמחיר שווה לפי סוגי הלקוחות. מעבר לחסמים אלו נדרשת הוט טלקום להשקעה הונית משמעותית בכניסתה לתחרות מול בזק.

בעת הזו, בה מתחילה התחרות מול בזק בתחום הטלפוניה הנייחת נדרשת זהירות ובחינת הצורך בהתערבות כדי להבטיח את קליטתה, התפתחותה והתבססותה של תחרות בת קיימא. תנאי הפתיחה המורכבים הנזכרים לעיל, מחדדים עוד יותר את החשש התחרותי, כי כתוצאה מן המיזוג תיפגע באופן משמעותי התחרות בשוק הטלפוניה הנייחת וכי הציבור יינזק.<sup>25</sup> כל זאת, במצטבר לחריגותן של ההזרמות אשר למן מועד אישור מיזוג הכבלים נעשות בהגמוניה של בזק עד כדי "בדידות מזהרת" שלה בביצוע הזרמות עתק לקופת חברת הלווין. כפי שיובהר להלן ההזרמות העומדות על הפרק נעשות שלא על רקע של כשלון חברת הלווין אלא דווקא על רקע שיפור מתמיד בביצועיה הכספיים.

### ה. מטרות הזרמות הכספים של בזק לחברות הלווין

למסמכים פנימיים של הגורמים המתמזגים יש לייחס מידה רבה יותר של אותנטיות, מזו המיוחסת למסמכים שהוכנו על ידי הצדדים לקראת הבקשה לאישור המיזוג על ידי הרשויות.<sup>26</sup> עיון במסמכים אלה מעלה, כי בין כלל התמריצים המניעים את בזק להשקיע בחברת הלווין, קיים מקום של כבוד לכוונה להשתמש בהשקעות בחברת הלווין כדי לפגוע בחברות הכבלים, במטרה ברורה למנוע מהן תחרות בבזק בתחום הטלפוניה, ולמצער – להפחית תחרות זו במידה ניכרת. לא אביא כאן אלא דוגמאות לתופעה זו, המלווה את ההשקעות בחברת הלווין והנשזרת באסטרטגיה של בזק לאורך זמן.

כך, למשל, דנו בגלוי חברי הדירקטוריון של בזק, עוד בשנת 2000, בקשר שבין הזרמת הכספים לחברת הלווין, הפגיעה בחברות הכבלים ויכולתן להתחרות בשוק הטלפוניה הנייחת:

"...הנזק שנגרם לכבלים עולה בהרבה על מיליארד דולר. כמה תועלת נגרמה בשל כך לבזק, לא ידוע – 10%, 20%, 30%, לא ידוע. דבר אחד ידוע, כשקיים מתחרה (שהוא המתחרה הגדול והמשמעותי) ומדללים את הקופה שלו ב- 1 – 2 מיליארד דולר יש לו פחות כסף להשקיע בתחרות בך".<sup>27</sup>

<sup>24</sup> ר' גם הוראות חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב – 1982, תקנות התקשורת (בזק ושידורים) (הליכים ותנאים לקבלת רשיון כללי למתן שירותי בזק פנים ארציים נייחים), התש"ס 2000 והרשיון שהוענק ל"הוט טלקום".

<sup>25</sup> ראה גם H. Hovenkamp, לעיל הערה 21 בע' 319.

<sup>26</sup> למשקלם של מסמכים פנימיים המצביעים על הדרך בה רואים השחקנים את מתחריהם ואת השוק הרלוונטי (אשר נערכו במהלך העסקים הרגיל) ר' גם: נימוקים להתנגדות למיזוג בין הריבוע הכחול ישראל בע"מ לבין ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ; 2001 הגבלים עסקיים 3012217, וכן נימוקים להתנגדות למיזוג בין בורגר ראנץ (1983) בע"מ לבין ירקמור בע"מ (בהקפאת הליכים) – זכיינית ברגר קינג; 2003 הגבלים עסקיים 3099090.

<sup>27</sup> דבריו של X בישיבת הדירקטוריון שנערכה ביום 25.1.2000.

ובאותה ישיבת דירקטוריון נאמרו גם הדברים הבאים :

"מר X אמר שהוא רוצה להצביע על כל הנקודות האסטרטגיות כי ה-EBITDA של ה-DBS פחות מעניין אותו. השיקולים שמנחים אותו הם לא ה-EBITDA וה-NPV של ה-DBS. חברות הכבלים נבלמו בהרבה נושאים שהם היו בכיוון שלהם."

ובישיבת דירקטוריון אחרת של בזק, באותה שנה, נאמרו הדברים הבאים :

"הפרוייקט הזה הקיז מאד (כך במקור, ד.ש) מליוני דולרים מהכבלים שהם המתחרים הראשיים, הקשים והרציניים ביותר של בזק. הוא יקיז בהם עוד הרבה מאות מליוני דולרים וצריך להסתכל איזה מחיר בזק שילמה בשביל להקיז למתחרים שלה את מה שהקיזה"<sup>28</sup>.

על החשש התחרותי הנובע מהגדלת החזקותיה של בזק בחברת הלווין, אשר תביא להזרמת כספים כמעט בלעדית על ידיה, ניתן ללמוד גם מדבריו של נושא משרה בכיר בבזק בישיבת הדירקטוריון שדנה **בהזרמת הכספים הנוספת** :

"אם היה לך היום את YES כחטיבה בבזק, יכול להיות שהיית אומר : אני בשביל התחרות בטלפוניה רוצה שזה יפסיד 200-300 מליון דולר לשנה כי אני רוצה לאבד פחות בטלפוניה"<sup>29</sup>

אמירות אלה המבטאות את הלך הרוח השורר בבזק לגבי מיקומו של פרוייקט חברת הלווין באסטרטגיה הכוללת של בזק כקבוצת תקשורת שליבתה בתחום הטלפוניה - אינן עומדות לבדן כפי שאפרט עתה.

## 1. אינדיקציות נוספות התומכות בכוונת בזק

### 1.1 ההפסקה ההדרגתית של השקעות יתר בעלי המניות והבנקים בחברת הלווין

מנקודת ראותה של בזק כדאיות ההשקעה בחברת הלווין יכולה לנבוע ממספר מניעים מרכזיים : ראשית, האפשרות לייצב את חברת הלווין כחברה רווחית בתחום הטלוויזיה הרב ערוצית ; שנית, חשיבות אסטרטגית - ביכולתה להציע ללקוח חבילת שירותים כוללת של תשתית ותוכן, ובמקרה זה טלוויזיה רב ערוצית, אינטרנט וטלפוניה ; ושלישית, הסטת מקורותיהן של חברות הכבלים מתוכנית פיתוח הטלפוניה להגנה על עמדתן בתחום הליבה שלהן – שידורי טלוויזיה רב ערוציים למנויים.

הדעת נותנת, כי יתר בעלי המניות בחברת הלווין ישקיעו בחברת הלווין, רק אם התשואה שיקבלו מהשקעתם תיגזר מהרווחיות בשוק הטלוויזיה הרב ערוצית למנויים. מכאן נובעת החשיבות

<sup>28</sup> דבריו של X בישיבת הדירקטוריון שנערכה ביום 12.10.2000.

<sup>29</sup> דבריו של X בישיבת הדירקטוריון שנערכה ביום 30.3.2004.

המרכזית של השתתפות אחרים - יתר בעלי המניות בחברת הלווין והבנקים, בהשקעות בחברת הלווין: השתתפות זו מבטיחה, כי ההשקעה מבוצעת לאחר שמשקיעים אלה בחנו את השקעתם על בסיס פרמטרים כלכליים הנוגעים ישירות ובאופן מוחלט לשוק הרב ערוצי לגופו של עניין, להבדיל מחברת בזק אשר שיקוליה עשויים להיות מושפעים גם מהנעשה בתחומים אחרים בתחום התקשורת.

בהקשר זה אציין כי מתוך הבנה דומה, כי השקעות כמעט בלעדיות של בזק בחברת הלווין עלולות להביא, בסופו של יום לפגיעה בתחרות ובטובת הצרכן, ומתוך קושי ברור לבחון האם ועד כמה משפיע מניע זה על החלטותיה של בזק, החליטה ועדת ההפרטה, באופן עקבי, להגביל את השקעותיה של בזק בחברת הלווין. אכן, אין זה מפתיע כי בכל ההזרמות שנעשו בעבר, עמדת הרשויות הרלוונטיות (משרד התקשורת ומשרד האוצר) בעניין זה היתה כי יש בהגדלת החשיפה משום תרומה לתחרות בשוק השידורים הרב ערוציים, וכי **יש לשמור על ההקבלה שבין השקעות בזק לבין הגדלת חשיפתם של יתר השותפים**, על מנת לוודא שההשקעה מבוססת על פרמטרים כלכליים הנוגעים ישירות לשוק הטלוויזיה הרב ערוצי.<sup>30</sup> עקרון שמירת היחס בין הגורמים המזרימים (בזק – בעלי מניות אחרים – בנקים) היווה בעבר גורם בהפגת חששות משרדי הממשלה וועדת השרים מהפגיעה הצפויה בתחרות בתחום התקשורת כתוצאה מהזרמות בזק לחברת הלווין.

בהתאם, נשמר, ככלל, העיקרון לפיו בזק לא היתה הגוף הבלעדי שהזרים כספים לחברת הלווין: בהזרמות אלה נלוו אליה בביצוע ההזרמות, בשיעורים משמעותיים, גם בעלי מניות אחרים בחברת הלווין, כמו גם הבנקים.

יישום החלטת דירקטוריון בזק ממרץ 2004, העומדת ברקע בקשת המיזוג שבפניי, מפר את האיזון הנגזר מהעיקרון האמור.

העובדה כי הזרמות הכספים המסיביות בהיקפים משמעותיים ביותר בוצעו בעבר בחלקן הגדול על ידי בזק כמעט לבדה (ובהזרמה הנוספת- לבדה), העובדה כי יתר בעלי המניות פועלים ממניעים עסקיים שהפחתת התחרות בטלפוניה אינה נמנית עליהם – לא מצאו לנכון להשתתף בהזרמות האחרונות שנעשו, מחזקת את החשש הבסיסי, הנתמך, כאמור, באמירות מפורשות של דירקטורים ונושאי משרה בבזק, כי ההשקעה מצידה של בזק אינה נעשית דווקא מנימוקים לגיטימיים פרו תחרותיים הנוגעים באופן מוחלט לשוק הטלוויזיה הרב ערוצית.

<sup>30</sup> בהקשר זה ראוי לציין כי העמדה שהציגה חברת בזק בפני ועדת ההפרטה לקראת החלטתה בתחילת 2003 בדבר הגדלת החשיפה היתה, כי בזק תמשיך להשקיע בחברת הלווין כל עוד תתבצע במקביל גם הזרמה מסויימת של בעלי מניות אחרים. במקביל, עמדת משרד האוצר בשתי ההזרמות הקודמות היתה, כי נודעת חשיבות לשמירה על העיקרון שהשקעות בזק יבוצעו במקביל להרחבת חשיפתם של יתר השותפים וזאת על מנת לוודא שההשקעה מבוצעת על בסיס פרמטרים כלכליים הנוגעים ישירות לשוק הרב ערוצי, ואשר נבחנו גם על ידי משקיעים אחרים מלבד בזק.

לכך מצטרפת עובדה נוספת: רשיונה של בזק, אינו מתיר לה, בשלב זה, להציע ללקוחותיה סלי שירותים.<sup>31</sup> מכאן, שאף שיקול זה – הצעת סל שירותים מתחרה – להשקעותיה של בזק בחברת הלווין אינו מתקיים בכל הנוגע להשקעה הנוספת.

בכל אלה יחדיו יש כדי לבסס חשש סביר, אם לא למעלה מכך, לפיו נוקטת בזק באסטרטגיה אנטי תחרותית כלפי המתחרה החדש בשוק הטלפוניה הנייחת וזאת באמצעות פגיעה בו בשוק פעילותו המרכזי – שוק הטלוויזיה הרב ערוצית למנויים.

מימון ההזרמה הנוספת על ידי בזק בלבד, ללא הנכונות להשתתפות מצד בעלי מניות נוספים ובנקים, מחזק את החשש, כי שיקולי בזק בהשקעותיה בחברת הלווין מושפעים גם מהתחרות המתקרבת בשוק הטלפוניה הנייחת מצידן של חברות הכבלים ומהרצון להפחית ולרסנה.

## **2.1 גובה ההשקעה אינו עולה בקנה אחד עם הצהרותיה הקודמות של בזק ועם חזירתה של חברת הלווין.**

לקראת פתיחת התחרות בשוק הטלוויזיה הרב ערוצית למנויים, פעלו גורמי ההסדרה אל מול חברות הכבלים לקביעת תנאי תחרות שיאפשרו חזירה ממשית של חברת הלווין לשוק,<sup>32</sup> כפי שאכן התרחש בפועל: במהלך שנות פעילותה הציגה חברת הלווין צמיחה מתמדת במספר המנויים ובהיקף הפעילות, כך שכיום, כארבע שנים בלבד לאחר תחילת פעילותה, חברת הלווין היא החברה עם מספר המנויים הרב ביותר מבין כל החברות הפועלות בשוק הטלוויזיה הרב ערוצית.

מצגי בזק לוועדת ההפרטה בעת ההזרמה הקודמת שלה, מיום 13 בינואר 2003, כללו התייחסות לגובה ההזרמה, כמו גם ליחסי ההזרמה בינה לבין משקיעים נוספים (יתר בעלי המניות והבנקים) באופן שיאפשר לחברת הלווין להגיע לנקודת איזון תזרימי. זאת ועוד. מצגי בזק לוועדת ההפרטה כללו אמירות לפיהן לא יהיה עוד צורך בהזרמות נוספות. **על סמך מצגים אלה, אישרה ועדת ההפרטה לבזק להגדיל את החשיפה באופן המאפשר לה הזרמה נוספת.**

ברם, בניגוד למצגים אלה, ולמרות הצלחת חזירתה של חברת הלווין, כשנה בלבד לאחר שהועמדו המקורות הנגזרים ממצגי בזק לרשות חברת הלווין, החליט דירקטוריון בזק על הזרמה נוספת בגובה חריג של 440 מליון ₪, כאשר ההזרמה יועדה להתבצע **על ידי בזק בלבד.**

כללם של דברים, מבחינת הזרמות בזק לחברת הלווין במהלך השנים, מאז הקמתה, התרחש תהליך ייחודי שבו באופן עקבי הלכה והתרחקה נקודת האיזון של הפרוייקט, כפי שהדבר בא לידי ביטוי במצגי בזק שהובאו בפני ועדת ההפרטה וכן בסכום החשיפה המקסימלי: סכום זה שילש

<sup>31</sup> ראה מסמך מדיניות "רישון חברת "בזק": עיקרי מדיניות הנחות לגודל וסלי שירותים" מיום 31 במרץ 2004. בהתאם למסמך זה, תוכל בזק להגיש בקשה לשר התקשורת לאישור שיווק סל שירותים באותו מגזר לקוחות (פרטי או עסקי) רק כאשר נתח השוק שלה בתחום הטלפוניה הנייחת יפחת מ- 85%.

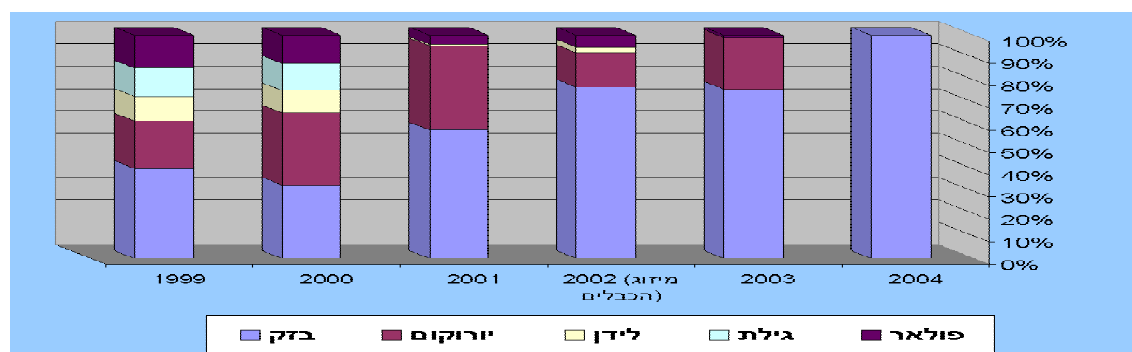
<sup>32</sup> בהקשר זה ראוי לציין את "הגנות הינוקא" להן זכתה חברת הלווין: הסדר חלון ה-Tiering, הסדר חובת המכירה, הקלות בתשלום תמלוגים למדינה ושימוש בתיול הפנימי של חברות הכבלים.

את עצמו מתחילת שנת 1999 ועד לתחילת 2003.<sup>33</sup> אם לא די בכל אלה, מעוניינת בזק להשקיע עתה סכום נוסף של כ-440 מילון ₪.

השינויים המשמעותיים בהיקף ובמתכונת ההזרמה הנוכחית, תוך פרק זמן קצר מאז ההזרמה הקודמת, וזאת על אף צמיחת חברת הלווין על חשבון מתחרותיה – חברות הכבלים – מחזק את החשש כי בזק נוקטת באסטרטגיה של התשת המתחרה הפוטנציאלי שלה בתחום הטלפוניה הנייחת. חשש זה עשוי היה להיות מועם לו היו ביצועיה של חברת הלווין כושלים מעיקרם, ברם (ואין הדברים נאמרים לשלילה) לא זה המצב: חברת הלווין מציגה צמיחה, שיפור וגידול עקבי בתשלום הממוצע למנוי.

### 3.1 הגברת השקעותיה של בזק בחברות הלווין כתוצאה מפעילויות חברות הכבלים

מעבר לעובדה כי עיתוי ההשקעה מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בשוק הטלפוניה הנייחת, הרי שיש בעיתוי הזרמותיה בעבר ובהווה, כמו גם בהיקפם, כדי להצביע על האסטרטגיה בה נוקטת בזק.



כפי שמתואר בדיאגרמה לעיל, חלקה של בזק מכלל הזרמות בעלי המניות גדל באופן משמעותי בתקופה שקדמה לאישור מיזוג הכבלים על ידי ולאחריו<sup>34</sup>, והגיע אל שיאו בשנת 2004, היא השנה אשר בה, בהתאם לתנאי מיזוג חברות הכבלים, חויבו הן להתחיל ולספק שירותי טלפוניה נייחת באופן מסחרי לציבור בישראל.

הנה כי כן, אף בחינת מתכונת ועיתוי ההזרמה מחזקים את החשש כי בזק נוקטת באסטרטגיה של התשת המתחרה הפוטנציאלי בשוק הבית שלו – שוק הטלוויזיה הרב ערוצית וזאת על מנת למנוע תחרות אפקטיבית מצדו בשוק הטלפוניה הנייחת.

<sup>33</sup> מ-216 מילון דולר ל-600 מילון דולר.

<sup>34</sup> כך, בשנת 2000 היוו השקעותיה של בזק בחברת הלווין כ-32% מסך השקעות כלל בעלי המניות בחברה באותה שנה, בשנת 2001 היוו השקעותיה כ-59% מסך כלל השקעות בעלי המניות בחברת הלווין באותה שנה ואילו בשנת 2002, היא השנה בה אישרתי את מיזוג חברות הכבלים, היוו השקעותיה כ-77% מסך כל השקעות בעלי המניות בחברה.

## ז. הסעד - תנאים למיזוג

### 1. תנאים למיזוג – המסגרת הנורמטיבית

סעיף 21(א) לחוק ההגבלים העסקיים קובע את מסגרת שיקול דעתו של הממונה בבחינת עסקאות מיזוג:

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 של שירות;
3. הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה".

בהתאם למצוות המחוקק, השתת תנאים למיזוג מחייבת ניתוח דו – שלבי: **בשלב הראשון** על הממונה לזהות קיומו של חשש סביר לפיו כתוצאה מהמיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות בענף או יפגע הציבור.<sup>35</sup> לאחר שהשתכנע הוא כי כך הם פני הדברים, הרי **בשלב השני**, עליו להתנגד לעסקה או להתנותה בתנאים העומדים בזיקה למטרות החוק הנדון.

הפגיעה בתחרות צריכה שתגרם כתוצאה מן המיזוג. אולם, תוצאה זו, של הפגיעה בתחרות, עשויה להתממש גם על רקע קיומם של גורמים נוספים, שאף אותם צריך הממונה להביא בחשבון.<sup>36</sup> בשלב השני, לאחר שזיהה הממונה את הפגיעה התחרותית, עליו להתנגד לעסקה או להתנותה בתנאים ככל שאלו יעמדו בזיקה לסעיף 21 לחוק, דהיינו יסירו את החשש האמור.<sup>37</sup> לאור העובדה שתוצאתה של הפגיעה התחרותית עשויה להתממש על רקע גורמים רבים, אין זה מפתיע כי שיקול הדעת הנתון לממונה בבואו לתת תנאים למיזוג רחב אף הוא, ובלבד שיש בהם כדי "לאיין או להקהות את עוקצו" של החשש התחרותי. עמד על כך לא מכבר אב בית הדין להגבלים עסקיים:

"לפיכך, הממונה רשאי להביא במניין שיקוליו בנוגע לפגיעה בתחרות, גם שיקולים שאינם מצטמצמים לעילה המקימה את המיזוג לבדה, והוא גם רשאי להתנות את הסכמתו למיזוג בתנאים, הנוגעים לשיקולים אלה. לאור כך, אינני רואה כל פסול בכל שהממונה יתנה הסכמתו למיזוג שקם עקב רכישת זכות עודפת לרווחים, בעיקור כוח ההצבעה של הרוכש בדירקטוריון החברה. תנאי זה אמנם לא יאיין את המיזוג אך הוא עשוי לאיין או להקהות את עוקצו מבחינת הפגיעה התחרותית...."

<sup>35</sup> בערר ה"ע 2/94 תנובה – מרכז שיתופי לשיווק נ' הממונה על הגבלים העסקיים, קובץ החלטות בענייני הגבלים עסקיים, כרך ב', 159 קבע בית הדין להגבלים עסקיים כי מידת ההסתברות לקיומו של חשש סביר, הוא לפי מאזן ההסתברויות הנהוג במשפט אזרחי. כלומר, די שהסיכויים שהתחרות תיפגע עקב המיזוג גבוהים יותר מהסיכויים שהיא לא תיפגע, כדי למלא אחר דרישת ה"חשש הסביר".

<sup>36</sup> ראה בשי"א 916/03, ה"ע 8002/03 הממונה על הגבלים עסקיים נ' בראון – פישמן תקשורת בע"מ; 2004 הגבלים עסקיים 3019341.

<sup>37</sup> ראה ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז. פ"ד נב(5), 213, עמ' 233-234. ר' גם דברי השופט אגרנט בע"פ 107/58 היועץ המשפטי נ. מלון נורדאו פלזיה בע"מ ואח', פ"ד יג 1345, בעמ' 1358: "... כאשר חוק כזה מקנה לפקיד מסויים סמכות לתת רשיון כנ"ל או לסרבו, פירוש הדבר, כי הוטל עליו התפקיד לקיים את הפיקוח האמור, והוא לא יוכל למלא את תפקידו זה בלי שיהיה לו גם הכוח להתנות ברשיון, שהוא אומר לתיתו, אותם התנאים שמילויים דרוש כדי להבטיח שמטרות החוק יוגשמו ולא ייעשו פלסתר. מכאן, שהסמכות לתת רשיון לעשיית פעולה מסויימת טומנת בחובה גם את הכוח להתנות בו תנאים שיש להם זיקה למטרה ממטרות החוק הנדון" (ההדגשה הוספה – ד.ש).

העובדה שהתנית האישור בתנאים עשויה, מבחינה מעשית, לכפות על הצדדים מיזוג שונה מהמיזוג אותו ביקשו לבצע, אינה גורעת מסמכותו של הממונה.<sup>38</sup>”

בשונה מן ההתנגדות למיזוג – החורצת את גורל העיסקה לשבט, מהווה השתת תנאים למיזוג סעד גמיש, אשר במקרים שחומרתם אינה מצדיקה עצירת העיסקה כולה, מאפשר הפגת חשש תחרותי ממשי. גמישות זו טבועה באופיו של הסעד: הממונה רשאי להסכים עם צדדים למיזוג על התנאים שבכפוף להם יוכשר המיזוג והוא רשאי להשיתם באופן חד צדדי. הממונה רשאי לבחור בתנאים מבניים החותרים לתקן את העיוות שיוצר המיזוג במבנה השוק, להשית תנאים התנהגותיים המטפלים בסימפטומים אפשריים של עיוות מבני זה, או במקרה מתאים – לשלב בין השניים. החוק אינו מגביל את הממונה לסוג מסוים של סעד, ובלבד שהסעד שיאמץ הממונה יהלום את מידת האיום התחרותי **ויש בו להביא, באופן סביר, להפגתו**. ברוח דומה קובעת תקנת המיזוגים החדשה של האיחוד האירופי:

“Where the undertaking concerned modify a notified concentration, in particular by offering commitments with a view to rendering the concentration compatible...the Commission should be able to declare the concentration, as modified, compatible with the common market. **Such commitments should be proportionate to the competition problem and entirely eliminate it**”.<sup>39</sup>

קיומה וגמישותה של סמכות התניית המיזוג בתנאים מאפשרת לממונה להימנע מלהתנגד לעסקה כולה, ומהווה מתוך כך ביטוי לאיזון נכון בין ערכי היסוד המתנגשים: חופש העיסוק של הצדדים לעסקה וזכותם לעשות בקניינם, כמו גם החופש להתקשר בחוזים ולעצבם - מחד, אל מול האינטרס הציבורי הבסיסי בשיטתנו בקיומה ובהגנתם של התחרות חופשית וטובת הציבור – מאידך:

“A flexible approach is generally to be welcomed since it provides the parties with the maximum opportunity to negotiate a mutually acceptable solution in order to avoid having their transaction blocked outright”.<sup>40</sup>

אכן, הכלל הבסיסי מורה אותנו, כנוסחת האיזון שבסעיפים 21 ו-25 לחוק, כי בהתקיים התנגשות חזיתית בין אגפים אלה, תהא ידו של אינטרס שמירת התחרות וטובת הציבור על העליונה. מושכלות ראשוניים הן במקומותינו, כי אין מכשירים בשם חופש החוזים והזכות לקניין יצירתו של מונופולין או פגיעה קשה אחרת בתחרות. אולם אין בכך כדי להמעיט כהוא זה מחובתו של הממונה לתור, טרם התנגדות לעיסקת מיזוג וחסמתם המוחלטת של צדדים לעיסקה אחר סעד

<sup>38</sup> ראה פרשת בראון – פישמן הנזכרת בה"ש 36 לעיל, פסקאות 10-12 להחלטה.

<sup>39</sup> Council Regulation (EC) No. 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentration between undertakings.

<sup>40</sup> C.J. Cook, C.S. Kerse, **E.C. Merger Control**, 1996, 190.



מידתי שיש בו ליישב בין האינטרסים המתנגשים: ליטול את עוקצה של הפגיעה בתחרות – מחד ולאפשר, בשינויים המתחייבים, עיסקה בין הצדדים – מאידך. עמד על כך גם בית הדין להגבלים עסקיים:<sup>41</sup>

**”אין לפרש את המילה ”יתנגד” שבסעיף זה (סעיף 21(א), ד.ש.) כמטילה חיוב על הממונה להתנגד בכל מקום שקיים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. עליו להפעיל שיקול דעת ולשקול את כל השיקולים, בעד ונגד, העשויים להשפיע לחיוב ולשלילה על החלטתו בעניין אישור המיזוג, סירובו או התנייתו בתנאים... הממונה אינו פועל איפוא הלכה למעשה וגם אינו צריך לפעול בצורה אוטומטית של הפעלת נוסחה, לפיה אם יש חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות חובה עליו להתנגד למיזוג. קשת השיקולים שעליו לשקול רחבה יותר.”**

ודוק. אין זה מפתיע כי שיקול הדעת המוקנה לממונה בסעיף 21 לחוק הוא רחב. סוגיית המיזוגים הינה סוגיה מורכבת מבחינה כלכלית ואין זה אפשרי - וניסיון שכזה אף לא נעשה – להגדיר מראש את היקף התנאים וסוגם. הסמכות להתנות תנאים לעסקת מיזוג, מעצם טיבה, מאפשרת לממונה את הגמישות ומרחב התמרון הנדרשים כדי להגיע להחלטה המתאימה בכל מיזוג לגופו, ובכך להתמודד כנדרש עם הדינמיות בחיי המסחר ולפעול באופן אפקטיבי לשם הגשמת מטרת החוק.

מוקדי הקושי האמורים עשויים להשתנות ממקרה למקרה, ולפיכך ניסוח התנאים אשר מכוונים להתגבר על הקשיים שמציב מיזוג למבנה התחרות או למרקם שלה חייב להיעשות בכל מקרה לפי נסיבותיו. שיקול דעת זה מופעל בהתאם לאפיון וניתוח העובדות על ידי הממונה והסקת מסקנות ותחזיות העולות מעובדות אלה באורח סביר. די בכך שיהא בתנאים בכדי להפוך את מאזן ההסתברויות כאמור לעיל, בכדי שימלאו אחר ייעודם – הסרת קיומו של חשש סביר לפגיעה כמתואר בסעיף 21 לחוק.

## 2.ז מן הכלל אל הפרט

בנסיבות המקרה הספציפי, יש בהטלתו של תנאי הנוגע לתנאי ההזרמה כדי להפיג את החשש התחרותי היסודי העולה מהמיזוג: אם בעלי המניות האחרים בחברת הלווין (בין אם קיימים ובין אם חדשים) יטלו חלק בהזרמה – הרי שיהיה בכך איתות כי עסקינן בהזרמה המבוססת על שיקולי כדאיות הנוגעים לשוק הרב ערוצי בלבד, והחשש כי מטרתן של הזרמות הכספים היא להחליש את כוחן של חברות הכבלים על מנת למנוע את כניסתם לתחרות אפקטיבית בשוק הטלפוניה הנייחת – יקטן.

אם אמנם הזרמות נוספות מהוות הזדמנות עסקית ממשית, ניתן יהיה לגייס גם משקיעים נוספים, אם באמצעות הנפקת מניות או אגרות חוב. מנגד – חוסר הצלחה בגיוס משקיעים נוספים, יכולה ללמד שמשקיעים אחרים אינם חולקים עם בזק את הערכתה בדבר האטרקטיביות ההשקעה בחברת הלווין. שוק ההון מספק אינדיקציה נאותה לקיומו או היעדרו של סיכון תחרותי בהזרמות הכספים המלווה את בקשת המיזוג שבפניו והנחזית באורח סביר כחריגה ביותר על מצע הנתונים והנסיבות אותו פרשתי בפירוט לעיל.

<sup>41</sup> ר' פרשת תנובה, הנזכרת בה"ש 35 לעיל.

בהקשר זה, ראיתי אפוא לקבוע, בסעיף 2 לתנאי המיזוג שבין בזק לבין חברת הלווין כי כספים בגין חלקם של בעלי המניות האחרים יכול שיבואו גם ממשקיעים מוסדיים חיצוניים (להלן: "המלווה החיצוני") ובלבד שכספים אלה אינם מובטחים, במישרין או בעקיפין, בערבות או התחייבות לשיפוי של בזק, או בבטוחה אחרת שבזק תעמיד מנכסיה לטובת המלווה החיצוני. במילים אחרות, אין בתנאים שהצבתי איסור גורף על הזרמת כספים לחברת הלווין וככל שבתנאי שוק רגילים קיים בסיס עסקי סביר לבצע הזרמה כזו – כפי טענתה של בזק בפניי – הנה יוכל השוק לממש את הדבר, בין מכספי בעלי המניות האחרים בנוסף לבזק, ובין מכספי משקיעים חיצוניים. בתרחיש זה אין כל איסור על בזק לבצע הזרמה כפי חלקה.

זאת ועוד: חלק אינטגרלי מן החשש התחרותי נעוץ בעיתוי הנוכחי – ערב פתיחת התחרות בשוק הטלפוניה הנייחת. לפיכך ראיתי לנכון לקבוע כי תנאי ההזרמה המגביל את יכולתה של בזק להזרים כספים לחברת הלווין מעבר לחלקה בחברה, יחול רק לתקופה של תשעה חודשים. זאת, בהתחשב בנקודת הזמן הקריטית בה מצויה כיום התחרות בשוק הטלפוניה הנייחת. גם בכך יש כדי לאזן בין חופש העיסוק של הצדדים לעסקה, לבין ערך התחרות החופשית, באופן המאפשר את אישור המיזוג, בכפוף להטלת תנאים אשר יש בהם כדי לרסן את החשש התחרותי.

בנוסף, החלטתי להציב למיזוג תנאי נוסף, לפיו בזק לא תעביר מידע מסחרי לחברת הלווין ולא תאפשר לה גישה למידע כאמור, במישרין או בעקיפין. זאת, לאור החשש הנובע מהעצמת כוחה של חברת הלווין בשוק הטלוויזיה הרב ערוצית באמצעות העברת מידע מסחרי מבזק לחברות הבנות.<sup>42</sup>

## ח. סוף דבר

אשר על כן, בהתאם לסמכותי לפי סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים, ולאחר שנטלתי את עמדת ועדת הפטורים והמיזוגים, החלטתי לאשר את המיזוג הנדון בכפוף לקיומן של התנאים האמורים. החלטתי זו נתונה לערר בפני בית הדין להגבלים עסקיים, לפי סעיפים 22(א) ו- (ב) לחוק, על ידי כל אחת מהחברות המתמזגות, אדם העלול להפגע מן המיזוג, איגוד עסקי וכן ארגון צרכנים.

ניתן היום, 14 מרץ 2005

דרור שטרומ

הממונה על הגבלים עסקיים

<sup>42</sup> תנאי זה מהווה קונטרטטיזציה של התנאים הנוגעים להעברת מידע מבזק לחברות הבנות כפי שאלה מופיעים ברשיון בזק. בנוסף תנאים אלה מקובלים בעסקאות מיזוג להן בזק היא צד, ועל כן איו בו כל חידוש (ר' למשל המיזוג בין בזק לפלאפון, בינה לבין אדאנת ובינה לבין וואלה!).