



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2082/09

ע"א 2414/09

וערעור שכנגד

בפני :
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופטת א' חיות

המערערת בע"א 2082/09
(המשיבה 2 בע"א 22414/09
ובערעור שכנגד) :
יורוקום די.בי.אס בע"מ

נ ג ד

המשיבה 1 בע"א 2082/09
ובע"א 2414/09 (המערערת
שכנגד בע"א 2414/09) :
בזק חברת התקשורת הישראלית בע"מ

המשיבה 2 בע"א 2082/09
(המערערת בע"א 2414/09
והמשיבה 1 בערעור שכנגד) :
הממונה על ההגבלים העסקיים

ערעור על פסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים
בירושלים בה"ע 706/07 שניתן ביום 03.02.2009 על ידי
כבוד השופטת מ' מזרחי, פרופ' ר' חורש ומר נ' ליסובסקי

תאריך הישיבה : ט"ז בסיון התשס"ט (08.06.09)

בשם המערערת בע"א 2082/09
(המשיבה 2 בע"א 22414/09
ובערעור שכנגד) :
עו"ד שטרומ דרור

בשם המשיבה 1 בע"א
2082/09 ובע"א 2414/09
(המערערת שכנגד בע"א
2414/09) :
עו"ד ניב זקלר ; עו"ד עופר ארגוב, עו"ד יריב אילן

בשם המשיבה 2 בע"א

2082/09 (המערערת בע"א
2414/09 והמשיבה 1 בערעור
שכנגד):

עו"ד בועז גולן; עו"ד אורי שוורץ

פסק-דין

השופטת א' חיות:

בפנינו שני ערעורים וערעור שכנגד על פסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים (כב' השופטת מ' מזרחי, פרופ' ר' חורש ומר נ' ליסובסקי) (להלן: בית הדין) מיום 03.02.2009 שאישר, בכפוף לתנאים שקבע, את מיזוגן של המשיבה 1, בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: בזק) וחברת די. בי. אס שירותי לוויין (1998) בע"מ (להלן: יט), בדרך של מימוש כתבי אופציות של יס שמחזיקה בזק. בכך קיבל בית הדין את הערר שהגישה בזק על החלטת הממונה על הגבלים עסקיים (להלן: הממונה) מיום 31.12.2006 שלא לאשר את המיזוג (נימוקי ההתנגדות פורסמו ביום 18.2.2007).

רקע הדברים והחלטת הממונה

1. בזק הינה חברה ציבורית המחזיקה ברישיון על פי חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת (בזק ושידורים)), לספק לציבור, באמצעות מערכת כלל ארצית של מתקני בזק (להלן: רשת בזק ציבורית), שירותים פנים ארציים נייחים ובהם אספקת טלפוניה קווית ותשתית אינטרנט. כמו כן מספקת בזק לציבור מגוון רחב של שירותי תקשורת באמצעות חברות בנות וחברות קשורות, ובהם שירותי תקשורת בינלאומית ואספקת גישה לאינטרנט (באמצעות חברת בזק בינלאומי בע"מ), טלפוניה סלולארית (באמצעות חברת פלאפון תקשורת בע"מ), ציוד קצה לטלפוניה (באמצעות חברת בזק כל בע"מ). עוד יצויין כי ביום 27.6.1995 הוכרזה בזק כבעלת מונופולין במספר שוקי תקשורת וביום 10.11.2004 הוכרזה כמונופולין בשוק אספקת שירותי גישה לאינטרנט בקצב מהיר. בתחום הטלוויזיה הרב ערוצית מחזיקה בזק כיום 49.78% מן המניות ביס והמשיבה 2, יורוקום די.בי.אס בע"מ (להלן: יורוקום), ב-32.6%. יס הינה אחת משני הספקים היחידים בשוק התשתית לשידורי טלוויזיה רב ערוצית ובשוק אספקת שידורי טלוויזיה רב ערוצית והיא פועלת באמצעות תשתית לוויין. ספק הטלוויזיה הרב ערוצית הנוסף בשוק מוכר לציבור תחת המותג "הוט", הכולל את חברת "הוט - מערכות תקשורת בע"מ", ששידוריה מועברים על גבי תשתית הכבלים של חברת "הוט טלקום שותפות מוגבלת" (להלן ביחד: הוט). יורוקום

המחזיקה כאמור 32.6% ממניותיה של יס, פועלת גם היא בתחום התקשורת ומספקת שירותי טלפוניה, תמסורת נתונים ואינטרנט (באמצעות חברת 012 סמייל תקשורת בע"מ), וכן היא פועלת בתחום תשתית הלוויין לצורך שידורי טלוויזיה רב ערוצית, (באמצעות חברת חלל תקשורת בע"מ - להלן: חברת חלל), בתחום שירותי הלוויין (באמצעות החברות סאטלינק תקשורת בע"מ וגילת סאטקום בע"מ), בתחום ייבוא ציוד קצה לטלפוניה (המותגים Nokia ו-Panasonic) והיא שותפה בפורטלים ובתחנות רדיו אזוריות.

ביום 2.8.2006 הגישו בזק ויס הודעת מיזוג לממונה על פי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים) בגין עסקה שבמסגרתה מבקשת בזק לממש שישה כתבי אופציה שברשותה. משמעות מימושן של אופציות אלו היא כי בזק תהפוך לבעלת השליטה ביס ותחזיק ב-58.36% ממניותיה לעומת 49.78% מן המניות שהיא מחזיקה כיום (להלן: המיזוג).

2. ביום 31.12.2006 הודיעה הממונה על התנגדותה לעסקת המיזוג וביום 18.2.2007 פרסמה את נימוקיה לכך. בהחלטתה ציינה הממונה כי בבסיס התנגדותה עומד ניתוח מפת התחרות של עולם הטלוויזיה הרב ערוצית בשוק התשתית ובשוק התוכן, נוכח הכניסה הצפויה של טכנולוגיית שידורים שלישית וחדשה (נוסף על טכנולוגיית הכבלים בה עושה הוט שימוש וטכנולוגיית הלוויין בה עושה יס שימוש), היא טכנולוגיית IPTV (Internet Protocol Television). הממונה ציינה כי לגישתה המיזוג דנן מעורר חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות הן במישור האופקי והן במישור האנכי. בהיבט האופקי ציינה הממונה כי המיזוג צפוי לצמצם מאוד את האפשרות שבזק תכנס בעתיד כשחקן שלישי לשוק הטלוויזיה הרב ערוצית באמצעות טכנולוגיית ה-IPTV, וזאת בין אם מדובר בכניסה לתחום התשתית בלבד או גם בתחום אספקת השידורים. הממונה הדגישה כי "הגדלת אחזקת מניותיה של בזק בחברת הלוויין [יס] לכדי שליטה, פוגעת בתחרות האופקית פעמיים: בפעם הראשונה היא מוציאה מהשוק מתחרה פוטנציאלי משמעותי בשוק התוכן דוגמת בזק עצמה, ובפעם השנייה - היא מפחיתה את התמריץ של בזק לשדרג את התשתית שלה, כך שתתמוך בהעברת שידורי IPTV ולמעשה מעכבת את פיתוח התשתית (שפיתוחה יועיל לקידום התחרות) בשנים הקרובות". בהיבט האנכי, כך הוסיפה הממונה וקבעה, מעורר המיזוג חשש שמא בזק תספק לחברת יס, שתהיה בשליטתה, את תשתית ה-IPTV שברשותה ותקשה מאוד על כניסת משדרים נוספים לשוק. הממונה ציינה כי בדיקה שערכה העלתה כי קיימת סבירות גבוהה ביותר לפיתוח טכנולוגיית ה-IPTV על ידי בזק בטווח הקרוב, וכי אין מדובר בעניין תיאורטי אלא ב"התפתחות תחרותית קרובה". לפיכך קבעה

הממונה כי המיזוג "לו היה יוצא לפועל, היה מונע מהצרכנים ומהציבור הישראלי, במה נוספת לשידורי טלוויזיה רב ערוציים". הממונה הדגישה כי מעבר לפגיעה הכלכלית-צרכנית הטמונה במיזוג הוא עשוי להוביל לשלילת במה ציבורית להשמעת דעות והעברת מסרים לציבור, והוסיפה כי אין לאשר מיזוג שאחת מתוצאותיו היא הנצחת המצב המבני הקיים כיום בו קיימות שתי פלטפורמות לשידורי טלוויזיה רב ערוצית בלבד תוך ביטול האפשרות הממשית כי כבר בעתיד הנראה לעין יעמדו בפני הציבור ובפני מפקי ערוצי התוכן שלושה מתחרים בטלוויזיה רב ערוצית. בנסיבות אלה קבעה הממונה כי המיזוג מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות ובציבור, ומשכך התנגדה לו, כאמור.

להשלמת התמונה יצוין כי כשנתיים קודם לכן, ביולי 2004, הוגשה לממונה הודעת מיזוג במסגרתה ביקשה בזק לממש אופציות באופן ששיעור החזקותיה בים יעלה לכ-55% בשלב ראשון ולכ-60% בשלב שני. מיזוג זה אושר ביום 2.1.2005, תוך העמדת תנאים שהעיקרי בהם היה איסור על העברת מימון מבזק ליס באופן העולה על חלקה היחסי של בזק בים במשך תשעה חודשים (ראו בעניין זה: "החלטה בדבר אישור מיזוג בתנאים: בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ ודי.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ" (החלטה 500045, מיום 14.3.2005) (להלן: ההחלטה משנת 2005); עררים 604/05, 605/05 ו-606/05 אשר הוגשו על החלטה זו נמשכו לבסוף על-ידי הצדדים). לבזק ניתנה אז תקופה בת שנה להשלמת המיזוג, אך מסיבותיה שלה היא נמנעה ממימוש האופציות באותו שלב.

פסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים

3. על החלטתה של הממונה להתנגד למיזוג הגישה בזק ביום 15.5.2007 ערר לבית הדין להגבלים עסקיים, וזה התקבל בתנאים ביום 3.2.2009. יצוין כי ירוקום צורפה אף היא להליך בפני בית הדין על פי בקשתה ותמכה בעמדת הממונה כי המיזוג מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות.

בפסק דינו עמד בית הדין על כך ששוק הטלוויזיה הרב ערוצית מורכב משני שווקים - שוק התשתית לשידור ושוק שידורי הטלוויזיה, המאופיינים שניהם בחסמים כניסה תמירים (בשוק התשתית חסמים אלה משמעותיים עוד יותר). בית הדין הוסיף וציין כי שתי השחקניות הפועלות כיום בשוק הטלוויזיה הרב ערוצית - הוט ויס - משמשות הן כמשררות והן כספקיות תשתית. עוד עמד בית הדין על כך שתשתית הלוויין של יס מוגבלת לעומת תשתית הכבלים (וכן לעומת תשתית ה-IPTV) ועל כן היא

אינה יכולה להתחרות בהן באופן מלא. בית הדין הדגיש כי עמדת הממונה מבוססת על ההערכה לפיה בשנים הקרובות עתידה להתווסף פלטפורמת שידור נוספת בטכנולוגיית ה-IPTV, אשר תוקם על תשתית ה-ADSL של בזק בציינו כי הערכה זו מן ההיבט הטכנולוגי וכן מהיבט ההיתכנות כי בזק אכן תיכנס לשוק השידורים הרב ערוציים, מבוססת על שורת הנחות שטרם הפכו למציאות. בהקשר זה קבע בית הדין כי לא הונחה בפניו תשתית ראייתית מספקת לקביעה כי בזק קיבלה החלטה עסקית לבצע את ההשקעה הנדרשת לצורך שדרוג מהותי של הטכנולוגיה שברשותה כך שתאפשר מתן שירותי IPTV. עוד קבע בית הדין כי גם אם הנחת הממונה בדבר האפשרות הטכנולוגית הזמינה לבזק להקמת רשת ה-IPTV בעתיד הקרוב היא אמנם מציאותית (בציינו ש"קיים מרחק מסוים שיש עוד לעבור"), ההיבט הטכנולוגי אינו ההיבט הרלבנטי היחיד ויש לבחון את ההגבלות הרגולטוריות הקיימות בתחום התקשורת וכן את הכדאיות הכלכלית מבחינת בזק להשלים את הקמת התשתית, בפרט נוכח החזקותיה הקיימות ביס (49.78%).

בית הדין דחה את עמדת הממונה לפיה אין מכשולים חוקיים או רגולטוריים ממשיים בפני מימוש עיקרה של התחזית שעמדה בבסיס התנגדותה וציין כי בפני בזק מספר מגבלות חוקיות ובהן כללי הבעלות הצולבת, לפיהם מנועה בזק מלקבל רישיון לשידורים נוכח היקף החזקותיה ביס. הוא הוסיף והדגיש כי כל חברת בת של בזק מנועה אף היא מלקבל רישיון לשידורים כל עוד בזק מחזיקה למעלה מ-24% מאמצעי השליטה של יס. עוד ציין בית הדין כי הסבירות לשינוי הכללים הסטטוטוריים לעניין הבעלות הצולבת היא נמוכה ביותר וכי הסמכות המסורה בחוק לשר התקשורת (באישור של המועצה לשידורי כבלים ולווין ושל ועדת הכספים), ליתן רישיון לשידורים לחברה בת של בזק - ככל שיהיה בכך להועיל לתחרות ולמגוון היצע השידורים למנויים, מציב בעניין זה משוכה שלא בנקל ניתן יהיה להסירה בציינו כי קשה להניח שרגולטור סביר יאפשר לחברה בת של חברה שהיא בעלת המניות הגדולה ביותר של אחת המתחרות בשוק, להכנס לתחום התוכן ובכך לשלוט מהותית על שתיים משלוש פלטפורמות תוכן. אשר לכדאיות שתצמח לבזק מהשלמת התשתית, ציין בית הדין כי עמדת הממונה אינה נותנת משקל מתאים לכך שנקודת המוצא ההכרחית לדיון היא מצב החזקותיה של בזק ביס כיום. בית הדין הדגיש כי נראה שבזק תמשיך אמנם לפתח את רשת ה-NGN (Next Generation Network) - כינוי גנרי לרשתות תקשורת המבוססות על טכנולוגיית Internet Protocol והמאפיין העיקרי שלהן הוא האפשרות לשלב סוגים שונים של שירותי טלפוניה, אינטרנט, חוזי וכו' על רשת אחת - להלן: רשת NGN), אך לא ניתן להניח שהיא תעשה את ההשלמות הדרושות על מנת לאפשר שירותי IPTV על גבי תשתית זו, הכרוכות בעלויות נוספות. זאת, אף אם תתקבל גישת

הממונה כי השקעותיה של בזק ביס הן בגדר עלויות שקועות וכי צמחו לבזק אינטרסים בעקבות אותה השקעה, אין זה סביר, כך נקבע, ששיקולי כדאיות יובילו את בזק להשלמת התשתית. בית הדין הוסיף וציין כי הממונה לא הגישה תחשיבים כלכליים שיש בהם כדי לתמוך בטענה לפיה במצב הקיים יש לבזק כדאיות כלכלית להתחרות בחברה בת שלה (יס) בתחום הטלוויזיה הרב ערוצית, בשל התועלת שתפיק מכך באמצעות שימור לקוחות טלפוניה ותשתית אינטרנט. טעם נוסף המעמיד בספק את כניסת בזק לשוק התוכן לדעת בית הדין, נעוץ בכך ששוק הטלוויזיה הרב ערוצית הוא שוק רווי וגם אם בזק תוכל לצמצם את עלויות התשתית הרי שעלויות התוכן הן עלויות שוטפות והיא תצטרך להשיג מספר גדול מאוד של לקוחות על מנת להגיע לאיזון בין ההוצאות השוטפות להכנסות, דבר שהיא תתקשה לעשותו. לפיכך, קבע בית הדין כי הדעת נותנת שאין לבזק אינטרס של ממש להיכנס לשוק הטלוויזיה הרב ערוצית הדיגיטאלית במצבו כיום.

בית הדין הוסיף כי הממונה הניחה שבעתיד הנראה לעין תצטרף רק תשתית אחת היא תשתית ה-IPTV, לשוק הטלוויזיה הרב ערוצית, אך נראה כי בעתיד הרחוק יותר יוכלו טכנולוגיות נוספות (טלוויזיית אינטרנט, DTT ו-WiMAX) להוות אף הן תחליף לטכנולוגיות הקיימות (הגם שציין כי בשנתיים-שלוש הקרובות אין בכוחה של אף אחת מהטכנולוגיות האמורות להוות חלופה אמיתית), והוא הוסיף וציין עוד כי גם לצורך הקמת תשתית מלאה של IPTV דרושה תקופת זמן לא מבוטלת. בית הדין הוסיף ודחה את עמדת הממונה לגבי המשמעות שיש ליחס לרכישת השליטה ביס על-ידי בזק כתוצאה מן המיזוג, בציינו כי אף שלא ניתן לשלול את עמדת הממונה לפיה לאחר שתוקם תשתית ה-IPTV תביא בזק (באמצעות הדירקטורים שתמנה) לייקור דמי השימוש או דמי המעבר אותם תגבה מיס ומאחרים גם אם יקבעו תנאי גישה פתוחה (Open Access) עבור שירותי IPTV (משום שעבורה וככל שביס מדובר זוהי העברת הכנסה מכיס לכיס), חשש זה אינו ממשי נוכח חוסר הכדאיות שבכך ונוכח האיסור הרגולטורי עליו עמד. עוד הוסיף בית הדין וציין כי ניתן למנוע חשש זה על ידי ניסוח תנאים שימנעו מבזק להעביר החלטה כאמור בדירקטוריון יס ויטילו פיקוח על המחירים אותם תגבה.

4. המסקנה המסכמת אליה הגיע בית הדין הייתה כי "חזון הממונה, לפיו תקום תשתית מתחרה עצמאית לשידורי הטלוויזיה אם המיזוג לא יתרחש, אינו מבוסס דיו". בית הדין התייחס בהקשר זה להוראת סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים) ולהלכה הפסוקה הקובעת כי רק חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור מצדיקה התנגדות למיזוג והוא הוסיף וציין כי לגישתו

יש להטיל את נטל ההוכחה לקיימו של חשש כאמור על הממונה, אף ששאלה זו הושארה בעבר בצריך עיון בפסיקתו של בית המשפט העליון. בית הדין קבע כי במקרה דנן יש לבחון האם הנתונים שהובאו לגבי השוק הרלבנטי מבססים "חשש סביר" על פי מאזן ההסתברות האזרחי, לכך שכתוצאה מן המיזוג תיגרם פגיעה משמעותית בתחרות ולגישתו, הניתוח הכלכלי עליו ביססה הממונה את עמדתה מניח התפתחויות עתידיות אשר לגבי חלק מהן לפחות קיימת הסתברות נמוכה שאינה עולה על 50% ולכן לא ניתן לקבוע כי קיים חשש סביר שהמיזוג יפגע באופן משמעותי בתחרות. בית הדין ציין עם זאת כי אילו הייתה בזק מבקשת אישור למיזוג בלא שהיו בידה ההחזקות הקיימות ביס, הוא לא היה מאשר את המיזוג. זאת, לגישתו, בשל היתרונות התחרותיים הברורים שבכניסה עצמאית של בזק לשוק. אולם, כך קבע, נוכח היקף ההחזקות הנוכחי של בזק ביס לא ניתן, כבר כיום, לבטל את משקל האינטרסים של בזק בהצלחת יס וקשה לראות בה מתחרה של יס. לפיכך, כך ציין בית הדין, הקושי התחרותי בשוק הטלוויזיה הרב ערוצית נטוע במצב הקיים, וגם אם יהיה במיזוג כדי להחריף את הבעיה אין הוא יוצר אותה.

5. בית הדין הוסיף וציין עם זאת כי אף שלא הוכח חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות לא ניתן לשלול לחלוטין את התממשותו בהינתן העובדה שהגדלת שיעור ההחזקה של בזק ביס מחזקת את האינטרסים שלה ביס ואף תקנה לה שליטה בחברה. מטעם זה וכן בשל החשיבות שבהקמת תשתית IPTV והעמדתה לרשות גופים אחרים שיתחרו ביס, מצא בית הדין לנכון להתנות את המיזוג בתנאים. בהקשר זה ציין בית הדין כי במהלך הדיון הוצעה לצדדים הצעת פשרה לעניין אישור המיזוג בתנאים וכי בזק לא עוררה קושי מבחינת סמכותו להורות כן והסכימה שהמיזוג יותנה בתנאים (הממונה התנגדה לכך ויורוקום סברה כי ניתן לאשר את המיזוג בתנאים שאותם מנתה השונים מן התנאים שהציע בית הדין). בית הדין הוסיף וציין כי יש יסוד לחשש שהעלתה הממונה לפיו שיקולים טכנולוגיים וכלכליים עלולים להביא את בזק להעדיף עבור יס את תשתית ה-IPTV, ככל שזו תוקם, על פני תשתית הלוויין, דבר שיגרום לניווה של תשתית זו אך חשש זה ניתן לאיין לגישת בית הדין באמצעות תנאים שפגיעתם בזכות היסוד הקניינית הטמונה במימוש האופציה קטנה יותר. בית הדין הוסיף כי התנאים עליהם הוא מורה הינם בעיקרם תנאים התנהגותיים, המיועדים להשפיע על אופן פעילותם של הגופים הרלוונטיים ולא תנאים מבניים שהצבתם, כך בית הדין, היא בלתי מידתית נוכח קביעתו בדבר העדר חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. עוד ציין בית הדין כי באמצעות התוויית תנאים התנהגותיים ניתן להשיג מטרות נוספות מעבר למניעת הפגיעה בתחרות, שעיקרן הבטחת הקמתה של תשתית שלישית לשידורי טלוויזיה רב-ערוצית בתוך זמן קצר, שתהיה פתוחה בעלות סבירה

לשימוש על-ידי ספקי תוכן שיחפצו בכך ותתחזק באופן ראוי. בית הדין ציין כי התנאים עליהם הוא מורה לא זו בלבד שיצמצמו את הפגיעה בתחרות, אלא שיש בהם להסיר חלק מהקשיים התחרותיים הקיימים בשוק ללא המיזוג ולקרב "את תמונת השוק לתמונת שוק שמבנהו טוב לתחרות". בית הדין הדגיש בהקשר זה כי התנאים שעניינם שיפור התחרות נלווים לתנאים המונעים פגיעה בתחרות ואין הם העיקר. על כן יש לדחות את טענת העדר הסמכות שהעלתה הממונה בהקשר זה. אשר לתנאים בהם יש להתנות את המיזוג סבר בית הדין כי לבזק יהיה עניין לנצל את תשתית ה-IPTV שבבעלותה על-ידי מתן זכות מעבר למשדרים אחרים במחיר סביר שיתחשב בהשקעתה. אמנם, כך ציין בית הדין, כל משתמש כזה יהווה מתחרה לים, אבל לאחר שהתשתית כבר תוקם יהיה לבזק עניין לנצלה ולו על ידי גביית דמי שימוש. לפיכך, סבר בית הדין שהצבת תנאי לפיו ייקבעו דמי השימוש על-ידי הרגולטור, יצמצם את החשש לגביית מחירים בלתי סבירים על ידי בזק כמי שתשלוט בתשתית. עם זאת, כך הוסיף בית הדין, כדי שיש תוכל להתחרות באחרים יש לאפשר גם לה שימוש ב-IPTV באותה עלות, לצורך מתן שירותים שלא ניתן לספקם באמצעות הלוויין (כגון VOD).

ואלה, בעיקרם, התנאים שעליהם הורה בית הדין: העמדת ברירה בפני בזק לבחור בתוך 90 ימים האם ברצונה לקיים את המיזוג. ככל שבזק תבחר בקיום המיזוג יהיה עליה להקים את תשתית ה-IPTV במלואה כך שתעמוד תוך שנה לרשות 30% מהאוכלוסייה, תוך שנתיים לרשות 50% מהאוכלוסייה ותוך שלוש שנים לרשות 80% מהאוכלוסייה. כן הוטל איסור על בזק להעביר את שידורי יס לשימוש בתשתית ה-IPTV, למעט לצורך מתן שירותים שלא ניתן לתיתם על גבי תשתית הלוויין וזאת לפרק זמן של שש שנים מיום אישור המיזוג, אלא אם ימצא בשוק התקשורת מתחרה נוסף המעביר שידורי טלוויזיה על רשת בזק, אשר צבר, לבד או עם אחרים, לכל הפחות 100,000 מנויים פעילים או שהכנסתו מהשידורים עומדת על 10,000,000 ש"ח לחודש במשך שלושה חודשים רצופים. בנוסף חויבה בזק לאפשר לגורמים אחרים בשוק גישה פתוחה לתשתית IPTV שתהא בבעלותה, תמורת דמי שימוש או מעבר שייקבעו על-ידי הרגולטור וכן חויבה לתחזק את התשתית המוקמת כראוי (פירוש המילה "כראוי" ייעשה על-ידי הרגולטור). בית הדין הוסיף והורה כי בזק לא תספק או תקבל שירות או מוצר לים או ממנה אלא אם החלטה לגבי קבלתו או נתינתו לתקבל ברוב של לפחות 75% מחברי הדיקטוריון של יס וכי תישמר הפרדה מבנית, בתנאים הקבועים כיום, בין בזק ובין יס. לבסוף הורה בית הדין כי ככל שיש תעבור לשידור על גבי תשתית IPTV ובתשתית הלוויין לא יעשה שימוש, יהיה על בזק, מכוח החזקותיה בים, להביא להשכרת התשתית לשידורי טלוויזיה בלוויין וכן לתחזקתה במחיר ובדרך שייקבע הרגולטור (בזק תוכל לפנות לבית הדין כדי שישחררה מקיום חובת התחזוקה, ככל

שלא יימצא משתמש חדש). כמו כן הורה בית הדין לבזק להעמיד ערכות בנקאית בנוסח בלתי מסויג, שיאושר בידי הממונה ויימסר לידיה, בסכום של 200 מיליון ש"ח להבטחת קיומם של התנאים שנקבעו, וזאת עד תום ההסכם הקיים בין יס ובין חברת חלל (עימה התקשרה יס לצורך שימוש במקטעי חלל הנדרשים לקיום שידורי הלוויין), אך לא יותר משמונה שנים.

מהטעמים המפורטים לעיל קיבל בית הדין את הערר, ביטל את החלטת הממונה ואישר את המיזוג בכפוף לתנאים שקבע.

6. לאחר מתן פסק-הדין הגישה הממונה, ביום 5.2.2009, בקשה לעכב את ביצועו אך בית הדין דחה את הבקשה ובהחלטתו מיום 18.2.2009 ציין בין היתר, שקביעתו המרכזית לפיה המיזוג אינו מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות התבססה על שיקולי הגיון ועל חומר הראיות שהוצג לפניו ולא על עמדתו לעניין נטל ההוכחה ועוד ציין כי קבלת הבקשה לעיכוב ביצוע תפגע בטובת הציבור משום שתעכב את מילוי התנאים הכוללים הקמת תשתית IPTV והדעת נותנת שדחיית מימוש האופציות שבידי בזק תגרום לה נזק כלכלי. ביום 22.2.2009 ועוד טרם הגשת הערעור, הוגשה על-ידי הממונה לבית משפט זה בקשה נוספת לעיכוב ביצוע (בש"א 1665/09). בהמלצת בית המשפט הגיעו הצדדים ביום 23.3.2009 להסכמה שקיבלה תוקף של החלטה בדבר עיכוב ביצועו של פסק הדין וביום 3.5.2009 הודיעה בזק כנדרש על פי פסק דינו של בית הדין כי בכוונתה לקיים את המיזוג (אף שכאמור ערערה מצידה על סכום הערכות הבנקאית שבו חוייבה).

הערעורים שבפנינו הוגשו על-ידי יורוקום (ע"א 2082/09) ועל-ידי הממונה (ע"א 2414/09) (להלן: ערעור יורוקום וערעור הממונה, בהתאמה) ואילו הערעור שכנגד שהגישה בזק נוגע כפי שצויין לגובה סכום הערכות הבנקאית שבו חוייבה על-ידי בית הדין (להלן: ערעור בזק). הדיון בערעורים אוחד בהחלטת בית משפט זה מיום 23.3.2009 (בש"א 1665/09).

טענות הצדדים

ערעור הממונה

7. הממונה טוענת כי פסק דינו של בית הדין מונע מן הציבור בישראל תועלת תחרותית משמעותית בשל אובדן תשתית שלישית להעברת שידורי טלוויזיה רב ערוצית

וכי בנסיבות בהן משתלטת חברה שיש לה היכולת להפוך בעלת תשתית רב ערוצית על חברה בעלת תשתית רב ערוצית אחרת, בשוק בו קיימת רק תשתית אחת נוספת (תשתית הכבלים) טמונה הרעה תחרותית שתנאים התנהגותיים אינם מסוגלים לאיין. הממונה עומדת על עליונותה של "תחרות בין תשתיות עצמאיות" (Facility-Based Competition) לעומת "תחרות על גבי תשתיות" בשווקים מבוססי תשתית והיא מוסיפה וטוענת כי תחרות בין תשתיות מצמיחה תועלת מהותית לצרכנים לא רק בהיבט המחיר לצרכן כי אם גם בהיבטים נוספים ובהם איכות השידור, מגוון השידורים, אימוצם של חידושים טכנולוגיים והמיתאם בין ביקוש הצרכנים להיצע התלויים כולם בטכנולוגיה של התשתית ובקיבולת שלה. הממונה סבורה כי הפתרון שהציע בית הדין - פתיחת תשתית ה-IPTV למתחרים - המניח שהתחרות שתפתח בין המשדרים שווה לתחרות שהייתה נוצרת בין משדרים בעלי תשתיות נפרדות, הוא פתרון מלאכותי המבקש לחקות תחרות חופשית באמצעות רגולציה. הממונה מוסיפה וטוענת כי השיקולים הרלוונטיים בשדה המיזוגים קבועים בסעיף 21(א) לחוק ההגבלים העסקיים, המבחין בין שני סוגי מיזוגים: מיזוגים המעלים חשש תחרותי, אותם ניתן להתנות בתנאים או להתנגד לקיומם, ומיזוגים שאינם מעלים חשש תחרותי שיש לאשר והיא מציינת כי משקבע בית הדין - בטעות לגישה - שהמיזוג דנן אינו מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית התחרות, ממילא לא היתה לו סמכות להתנות את אישור המיזוג בתנאים אף אם בזק הסכימה לכך. הממונה מוסיפה ומדגישה כי המטרה היחידה שלשמה על פי החוק ניתן להטיל תנאים על מיזוג היא הפגת החשש שהוא מקים לפגיעה בתחרות ואין בית הדין מוסמך לקבוע תנאים למיזוג אך ורק לצורך קידום רפורמות כלל ענפיות, מקום שהוא סובר כי חשש כזה אינו קיים. הממונה עומדת על כך שמהלך זה של בית הדין אין לו אחריות במשטר הפיקוח על המיזוגים במשפט המשווה והוא משנה מן היסוד את מערך האיזונים הקבוע בחוק ההגבלים העסקיים וסוטה מהלכות קודמות של בית הדין עצמו.

הממונה עומדת על כשל לוגי אשר נפל לשיטתה בפסק הדין: בית הדין קבע כי אין זה סביר שבזק תקים את תשתית ה-IPTV כשהיא בעלת מניות מיעוט ביס ועל כן הוא מאפשר לה לרכוש את השליטה בה; עם זאת, בחר בית הדין להתנות את המיזוג בביצוע אותו מהלך יקר ולא כדאי אשר לשיטת בית הדין הוא נעדר משמעות תחרותית. בהקשר זה מציינת הממונה כי בית הדין אף הגדיל לעשות במסגרת החלטתו בבקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין, בה ציין כי עיכוב ביצועו יפגע בטובת הציבור בשל העיכוב שייגרם בהקמת תשתית ה-IPTV, אך לגישה לא גזר מכך בית הדין את המסקנות המתבקשות לעניין ההשלכות שיש להקמת התשתית על התחרות. עוד עומדת הממונה על כך שהניסיון המצטבר מורה שמידת שיתוף הפעולה לה זוכים ספקים חדשים מצד בעלי תשתיות שהם ספקי שירותים בעצמם היא זעומה וכי במקרה דנן וככל שהמיזוג

יעמוד בעינו, כל משדר נוסף על תשתית ה-IPTV לא רק יתחרה בחברה בת של בזק אלא גם יהווה איום על המונופולין של בזק בתחומי הטלפוניה והאינטרנט, נקודת פתיחה גרועה במיוחד ליישום מודל של Open Access, אותו ניסה בית הדין לעצב. הממונה מוסיפה וטוענת כי שגה בית הדין בהטילו את נטל ההוכחה על כתפיה שכן אף שבית משפט זה הותיר סוגיה זו בצריך עיון, צוין לא אחת כי קיימים טעמים טובים להטיל נטל זה על הצדדים המבקשים להתמזג ועוד היא טוענת כי ככל רשות מנהלית עומדת לה חזקת התקינות לגבי מעשיה.

8. הממונה טוענת כי על מנת להעריך נכונה את שאלת כדאיות הקמת התשתית עבור בזק יש לבחון תמונה רחבה יותר, הכוללת את מגוון השוקים בהם מתחרה בזק בקבוצות תקשורת אחרות, ובכללם שוקי הטלפוניה והאינטרנט בהם היא מהווה מונופול מוכרז. לגישת הממונה הקמת תשתית IPTV מהווה עבור בזק אסטרטגיה הגנתית למניעת אובדן לקוחות בתחום האינטרנט והטלפוניה ועקב המיזוג תוכל בזק לשווק לצרכן "חבילות תקשורת" הכוללות גם שידורי טלוויזיה רב ערוצית. הממונה מוסיפה ומציינת כי אף שבית הדין קיבל את העמדה העקרונית שהציגה בהקשר זה, הוא דחה את טענותיה לגופן בקובעו כי הן לא הוכחו בתחשיבים כלכליים מתאימים, גישה המעידה על היפוך שגוי של נטל הראיה. לגופו של עניין טוענת הממונה כי בפני בית הדין הונחו מסמכים פנימיים של בזק המתארים את מהלך הקמת תשתית ה-IPTV כ"מהלך הגנתי", אותם פטר בית הדין כלאחר יד לגישתה, והיא מוסיפה וטוענת כי מסמכים אלה מעידים על כך שחברה לייעוץ כלכלי ששכרה בזק הציגה בפניה אופציה אחת ויחידה לפעולה במקרה בו לא יאושר המיזוג והיא - הקמת תשתית IPTV וכניסה לשוק התוכן. בנסיבות אלה, כך טוענת הממונה, אין זה נהיר כיצד הגיע בית הדין למסקנה שהאפשרות שבזק תתחרה ביס היא "אחת ממספר אופציות סבירות" אשר לא הוברר אם הבדיקה בעניינן מוצתה. עוד טוענת הממונה כי היה על בית הדין לדון בשאלת הכדאיות הכלכלית האובייקטיבית של הקמת תשתית IPTV, סוגיה שלגביה לא הביאה בזק ראיות כלל, ולא להתמקד בשאלה הסובייקטיבית, קרי נתיב הפעולה עליו החליטה או תחליט בזק. מכל מקום, וככל שנדרשת ראייה סובייקטיבית, היה על בית הדין לייחס לטענת הממונה משקל רב לעובדה שבזק עצמה הגישה בראשית שנת 2007 נייר עמדה לוועדה שהוקמה על-ידי משרד התקשורת (ראו: "דין וחשבון לגיבוש המלצות מפורטות בדבר מדיניות וכללי התחרות בתחום התקשורת בישראל" בראשות פרופ' ראובן גרונאו, מרץ 2008, להלן: ועדת גרונאו) בו עמדה בזק על החשיבות שנושאת הקמת תשתית ה-IPTV לתחרות תוך הסתמכות על העמדה שהציגה הממונה בהקשר זה בבית הדין. הממונה מוסיפה וטוענת כי בזק הציגה בפני בית הדין מצג שווא באשר ליכולות הטכנולוגיות של התשתית שבידיה, והיא מוסיפה כי בזק מצויה כיום

בעיצומו של תהליך משמעותי ויקר לשדרוג התשתית הקיימת שלה לתשתית מתקדמת מסוג NGN, אשר ניתן יהיה להשתמש בה גם לצורך יישום טכנולוגיית ה-IPTV בהשקעה נוספת, הנמוכה עשרות מונים מן ההשקעה שכבר בוצעה עד כה באותה תשתית. עוד עומדת הממונה על כך שלפי פסיקת בית משפט זה, כאשר מתעורר ספק באשר לפגיעתו של מיזוג בתחרות יש להכריע את הספק לטובת התחרות והציבור ונגד המיזוג ולטענתה התעלם בית הדין מן ההערכה שהעלתה ולפיה אם לא יתאפשר לבזק לממש את האופציות שבידיה ולרכוש שליטה ביס, יהיה גורם אחר שיעשה זאת, למשל יורוקום, שאף הכריזה על רצונה בכך במסגרת בקשתה הצטרפות להליך. כמו כן טוענת הממונה כי המומחה מטעם בית הדין לא נדרש כלל להיקף ההשקעה הכספית הכרוכה בהתאמת רשת בזק לטכנולוגיית IPTV ולפיכך קביעת בית הדין כי התאמה זו "כרוכה בהשקעה כספית משמעותית", אינה מבוססת.

הממונה מציינת כי עמדת בית הדין לפיה ניתן לאשר את המיזוג בהינתן המצב התחרותי הבעייתי לכתחילה בשוק הטלוויזיה הרב ערוצית, אינה מתיישבת עם ההלכה שנקבעה בבית משפט זה בע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה, פ"ד נב(5) 213, 240-241 (1998) (להלן: עניין תנובה), ולפיה גם גוף שהוא ממילא דומיננטי בענף מסוים, אינו חסין מפני ביקורת הממונה. אשר למגבלות הרגולטוריות שעליהן עמד בית הדין בקובעו כי ההיתכנות לפגיעה בתחרות היא נמוכה, טוענת הממונה כי בית הדין התעלם מכך שבתחום התשתית אין כל מגבלה רגולטורית המונעת מבזק להקים תשתית שלישית, ועוד היא מציינת כי רגולציה מטבעה נתונה לשינויים תכופים (במיוחד, על פי גישתה, בשוק התקשורת) ולעניין מתן רישיון שידורים לחברה בת בבעלות מלאה של בזק, שבה הממונה ומדגישה כי מהלך כזה אינו מחייב שינוי חקיקה והוא מצוי בסמכות שר התקשורת במקרים שבהם שיקולי תחרות מצדיקים זאת. אשר לקיומן של טכנולוגיות אלטרנטיביות נוספות פרט לטכנולוגיית ה-IPTV, טוענת הממונה כי קביעת בית הדין ביחס ליכולותיהן של טכנולוגיית ה-DTT וטלוויזיית האינטרנט להוות תשתית לשידורי הטלוויזיה הרב ערוצית, אינה עולה בקנה אחד עם קביעותיו של המומחה מטעם בית הדין וכי מכל מקום טלוויזיית האינטרנט אינה מהווה תשתית נוספת לשידורי הטלוויזיה הרב ערוצית ומדובר בשידורים המועברים ממילא על גבי אחת משתי תשתיות הפס הרחב הקיימות כיום. לגישת הממונה נפלו פגמים גם בתנאים אותם קבע בית הדין, ובהם העובדה שתנאים אלה נעדרים פירוט מינימאלי באשר לאופן בו תושג המטרה שלשמה הם מוטלים, ועוד עומדת הממונה על כך שבפועל התפרק בית הדין משיקול דעתו והעביר את ליבת ההכרעה השיפוטית - הסדרת הקמת תשתית ה-IPTV - למשרד התקשורת, דבר שבית הדין אינו מוסמך לעשותו ואשר ראוי היה שלא יעשה נוכח העובדה שמשרד התקשורת שוקל שיקולים

נוספים על השיקול של הבטחת התחרות במשק. לבסוף עותרת הממונה לביטול הוצאות המשפט בסך 20,000 ש"ח שהוטלו עליה במסגרת הבקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין.

ערעור ירוקום

9. ערעורה של ירוקום מופנה כנגד אי הצבתם של תנאים מבניים אפקטיביים, לגישה, לאישור המיזוג. לטענת ירוקום, פסק הדין מייחס מקום מרכזי לזכותה של בזק לרכוש שליטה בשתיים מתוך שלוש תשתיות הטלוויזיה הרב ערוצית בישראל והיא סבורה כי נוכח ריכוז שליטה בתשתיות בנות תחרות תחת "יד אחת" כתוצאה מן המיזוג, היה על בית הדין להעמיד בפני בזק בחירה באחת מן התשתיות ולחייבה להתנתק מן האחרת. לטענת ירוקום המיזוג דנן מתאפיין בנסיבות ייחודיות ובהן: היותה של בזק קבוצת התקשורת הגדולה בישראל, המוכרזת מזה שנים כבעלת מונופולין בתחום הטלפוניה והאינטרנט; היותה של יס, המשדרת ליותר מ-500,000 בתי אב בישראל, החברה היחידה הפועלת על בסיס תשתית שידורי הלוויין והקשורה בטכנולוגיה זו עד שנת 2016; העובדה שלא צפויה כניסה של תשתיות מתחרות נוספות לשוק, למעט תשתית ה-IPTV שלה יכולות תחרותיות ייחודיות שהוכרו על ידי ועדת גרונאו כ"איום התחרותי המהותי ביותר על חברות הטלוויזיה הרב ערוצית"; וכן העובדה שוועדת גרונאו מצאה כי רמת התחרות בשוק הטלוויזיה הרב ערוצית היא בלתי מספקת וכי השוק אינו משוכלל, דבר המתבטא במחיר שמשלם הצרכן ובהעדר תחרות בין התכנים המשודרים לציבור. ירוקום מדגישה כי אישור המיזוג סולל בפני בזק את הדרך להשגת שליטה של 100% ביס ללא צורך באישור נוסף של הממונה, וכי בנסיבות אלה יש באישור המיזוג משום הגברה ישירה ומהותית של הריכוזיות בתחום התשתיות, הגבהת חסמי הכניסה לשוק הטלוויזיה הרב ערוצית ופגיעה משמעותית מסתברת בתחרות הפוטנציאלית בין התשתיות. בהקשר זה עומדת ירוקום על כך שגם היכולת שלא לפתח טכנולוגיה מסוימת ולמצער לעשות בה שימוש פוגעני כלפי מתחרים אחרים, מהווה שליטה.

ירוקום טוענת כי התנאים ההתנהגותיים אותם העמיד בית הדין אינם אפקטיביים, שכן לבזק ניתנה היכולת לפעול בשתי תשתיות ולעבור ביניהן כרצונה וכי החובה שהוטלה על בזק להקים תשתית IPTV נעדרת פירוט באשר לסטנדרטים המקצועיים הנדרשים ובית הדין השאיר את המלאכה למשרד התקשורת שלא היה צד להליך, לא נטל על עצמו משימה זו והוא אף מודרך על-ידי שיקולים שונים מאלו שעל בית הדין להדריך עצמו בהם. עוד טוענת ירוקום כי תנאים אלה מנוגדים לעקרונות בסיסיים בדיני ההגבלים העסקיים, הם מאפשרים לבזק לבצע "סיכול ממוקד" לתשתית

הלוויין, בהיבט האכיפתי לא נקבעו הסדרים ממשיים ובית הדין הסתפק בחיובה של בזק להפקיד ערבות בנקאית, אשר על גובהה מערערת בזק בבית משפט זה. יורוקום מדגישה בטיעוניה כי העובדה שבזק "מתנדבת" עתה לבצע את הקמת תשתית ה-IPTV בהתאם לתנאים שקבע בית הדין, צעד אותו כינתה במהלך הדיון בפני בית הדין "תרחיש הזוי" של הממונה, היא כשלעצמה מלמדת על קיומו של חשש לפגיעה בתחרות הטמון במיזוג והיא מוסיפה וטוענת כי העמדת התשתית תאריך שנים מספר ועל כן, התנאי לפיו תוכל בזק לשדר בעצמה על גבי טכנולוגיית ה-IPTV כבר לאחר שש שנים מיום אישור המיזוג על-ידי בית הדין, אין בו כדי לספק הגנה למתחרים חדשים. לגישה, מצב דברים זה מהווה "חפיפה תחרותית" עקב מיזוג, והוא מחייב את התערבותה של רשות התחרות באמצעות התנגדות למיזוג או כאמור באמצעות תנאי מבני דוגמת חיוב המתמזגים במכירת אחד הנכסים "החופפים" לצד שלישי (Divestiture). לגישת יורוקום הצבתו של תנאי מבני מסוג זה עדיפה על תנאים התנהגותיים אלטרנטיביים נחותים בטיבם, שאין בהם בנסיבות העניין כדי להביא לפתרון הקושי התחרותי. יורוקום עותרת, אפוא, במסגרת ערעורה להצבת תנאים מבניים כדלקמן לאישור המיזוג: (1) חיובה של בזק לבחור טרם מימוש המיזוג בין קבלת שליטה מלאה בחברת יס והפעלתה על גבי התשתית הלווינית לבין פעולה כמשרדת מחוץ ליס על תשתית ה-IPTV בלא שתהא רשאית לנוע בין שתי התשתיות; (2) קביעת "תקופת הגנה" משמעותית למתחרים חדשים בשוק (ארוכה משש השנים שקבע בית הדין) אשר תחל רק במועד השקת רשת ה-IPTV באופן מלא.

10. בזק מצידה סומכת ידיה על פסק דינו של בית הדין. לגישה, מבוסס פסק הדין על הראיות שהוצגו בפניו ועל ממצאים עובדתיים הנובעים מאותן ראיות, והיא עומדת על כך שכבר כיום היא בעלת המניות הגדולה ביס בציינה כי העבירה במשך השנים הון רב ליס אף שזו עדיין איננה חברה רווחית ובנסיבות אלה ברי שאין לה כל עניין לפגוע ביס באמצעות הקמת תשתית שלישית של טלוויזיה רב ערוצית. לטענת בזק המיזוג האמור איננו מיזוג אופקי בין מתחרים, שכן לעת הזו היא אינה מתחרה לא בתחום התשתית ולא בתחום השידורים, והוא אינו מיזוג אנכי בין מי שמוכר שירותי תשתית לטלוויזיה רב ערוצית לבין מי שמשדר, ומשכך הוא אינו מעורר כל חשש תחרותי. בזק טוענת כי קביעת בית הדין לפיה קיימת סבירות נמוכה שהיא תקים תשתית IPTV ככל שלא יאושר המיזוג, היא קביעה המבוססת על ממצאים עובדתיים אובייקטיביים ובהם קיומו של איסור חוקי על בזק להיות משדר טלוויזיה רב ערוצית; איסור רגולטורי על חברת יס של בזק להיות משדר של טלוויזיה רב ערוצית; ההשקעות הנוספות שנדרשת בזק לבצע לצורך הקמת תשתית ה-IPTV; חוסר הכדאיות הכלכלית בכניסה לשוק רווי כמתחרה עצמאי לצד יס; וכן העובדה שלא נאסר על אף אחת מחברות הטלקום אשר

הקימו תשתית כזו ברחבי העולם, לשדר עליה או לספק באמצעות התשתית "חבילות שירותים" בהנחות. בזק מוסיפה ועומדת על הממצא העובדתי השני עליו ביסס בית הדין את פסק דינו, לפיו ניתן להעריך כי בתוך שלוש שנים יהיו פלטפורמות נוספות לטלוויזיה רב ערוצית לבד מן התשתיות הקיימות ותשתית ה-IPTV והיא מציינת כי הערכה זו נסמכת על חוות דעתו של המומחה מטעם בית הדין והיא מתבקשת בשוק דינאמי כשוק התקשורת. בזק מוסיפה וטוענת כי אפילו תחת ההנחה שהיא תקים תשתית IPTV בכל מקרה, לא ברור כיצד תיפגע התחרות כתוצאה מהמיזוג בהדגישה כי ממילא לא תתקיים תחרות בתחום התשתית, שכן תשתית הלוויין משמשת באופן בלעדי את יס ולא ניתן למכור שירותי תשתית לווינית למשדרים נוספים. בתחום שידורי התוכן לא תתקיים לטענת בזק תחרות משום שנאסר עליה ועל חברות הבנות שלה להיות ספק תוכן ולשדר ואף הממונה עצמה טענה בהתנגדותה למיזוג כי כל עוד מחזיקה בזק ביס לא תתקיים תחרות בין תשתיות גם אם תבחר בזק לפתח תשתית IPTV. בהקשר זה מוסיפה בזק ומציינת כי מיזוג אנכי נתפס בספרות ובפסיקה כ"תופעה כלכלית רצויה" וכי מכל מקום, נוכח העובדה שלטכנולוגיית ה-IPTV אין מגבלת קיבולת, הרי שככל שיאשר המיזוג ותוקם תשתית כאמור יוכלו לעשות בה שימוש בנוסף ליס גם מתחריה, ללא חשש לחסימת השוק. עוד טוענת בזק כי אין כל חשש לתיאום אוליגופולי במקרה דנן שכן הפער הגדול בין נתח השוק של הוט, מונופול מוכרז בתחום הטלוויזיה הרב ערוצית ובעלת נתח שוק קטן בטלפוניה, ובין נתח השוק הנמוך של יס (ובזק) בטלוויזיה הרב ערוצית ונתח השוק הגדול של בזק בתחום הטלפוניה, שולל (ולמצער מפחית מאוד) את החשש לתיאום כאמור.

11. בזק טוענת כי התנגדותה הגורפת של הממונה נסמכת כולה על תיזת המתחרה הפוטנציאלי, דוקטרינה חריגה בדיני ההגבלים העסקיים אשר מעולם לא נעשה בה שימוש מהסוג שמבקשת הממונה לעשות, ואשר נדחתה בארץ במקרים הספורים בהם נטענה. בזק מוסיפה וטוענת כי שלושה ימים קודם להודעתה על ההתנגדות למיזוג, ביקשה הממונה ארכה לגיבוש תנאים לאישור המיזוג ובמסגרת זו ציינה כי בדעתה לקבוע תנאים הדומים לאלה שקבע בסופו של יום בית הדין ורק משהתנגדה בזק למתן הארכה שנתבקשה, הודיעה הממונה על התנגדותה למיזוג. לגישת בזק, סמכות הממונה להתנות מיזוג בתנאים היא עניין שבשיקול דעת וכי מקום בו הצד הנפגע מסכים להטלת תנאים על ידי בית הדין, כפי שהסכימה היא, לא מתעוררת כלל שאלת סמכותו של בית הדין לעשות כן ולכלל היותר מדובר בטעות שבדין ולא בחריגה מסמכות. לחלופין טוענת בזק כי אף אם נגועה הטלת התנאים על ידי בית הדין בחריגה מסמכות אין הכרח לבטל את פסק הדין בשל כך וניתן ליישם בהקשר זה את תורת הבטלות היחסית. לטענת בזק הסכמתה להתניית המיזוג בתנאים ניתנה כדי להביא את העניין

לסיומו המהיר, להבטיח וודאות ולהפיג את חששותיה של הממונה ומכל מקום, נוכח כפיפותה של בזק למשטר הרגולטורי שחל על הענף היא מחויבת ממילא לקיים חלק גדול מן התנאים שנקבעו. בזק מוסיפה וטוענת כי ניתוח האינטרסים שלה לנוכח החזקותיה הקיימות ביס היה שיקול אחד מתוך מכלול שיקולים ששקל בית הדין עת דחה את עמדת הממונה ונוכח ההסכמה הדיונית שהושגה בבית הדין ולפיה החזקותיה של בזק ביס לא ישתנו גם אם המיזוג לא יאושר, היה על הממונה להראות כי מצב בו מחזיקה בזק למעלה מ-49% ממניות יס שקול מבחינת האינטרסים הכלכליים, מבחינת הרגולציה החלה עליה ומבחינת תמונת המצב התחרותית בשוק בעתיד, למצב בו אין היא מחזיקה מניות כלשהן ביס וזאת לא היה בידי הממונה להראות.

עוד עומדת בזק על כך שזכותה באופציה למניות יס לא תפקע גם אם המיזוג לא יאושר וממילא תהיה היא זו שתחליט למי למוכרן. בזק מציינת כי אין בעולם תקדים למצב בו נאסר על חברת טלקום לשרד או לספק "חבילת שירות" על תשתית ה-IPTV שהקימה; כי נתחי השוק שתפס ה-IPTV בעולם הם זניחים ולא ברור מה תהיה מידת הצלחתו בישראל; וכן כי גורמים הקשורים במשק הישראלי כגון המספר הנמוך יחסית של משקי הבית, שיעור החדירה הגבוה במיוחד של טלוויזיה רב ערוצית, שיעור דיגיטציה גבוה, מספר גבוה במיוחד של נפשות למשק בית ושיעור גבוה של משקי בית עם שני מכשירי טלוויזיה, הופכים את טענת הממונה כי "בזק תקים בכל מקרה את תשתית ה-IPTV" לשגויה בעליל. בזק מוסיפה וטוענת כי הוכח שאין גורם בשוק הישראלי המבקש להפעיל שירות IPTV וכי הממונה נמנעה מלחקור את עדיה של בזק לגבי ה"מסמכים הפנימיים" עליהם היא מבקשת עתה לסמוך את ערעורה. לטענת בזק נייר העמדה שהגישה לוועדת גרונאו מתנה את נכונותה להקים תשתית IPTV בשורה של תנאים, ובהם ביטול המגבלות הרגולטוריות ובלעדיות השימוש בתשתית ובאספקת השירותים, תנאים שאינם מתקיימים כיום. עוד טוענת בזק כי המצגות אשר הוכנו לבקשתה על-ידי יועץ חיצוני אינן חוות דעת כלכליות, אחת מהן לא הוצגה כלל בפני דירקטוריון החברה והן מעולם לא שימשו בסיס לקבלת החלטה אופרטיבית אך למרות זאת, הממונה נתלת במצגות אלה ואף זאת רק בשלב הסיכומים בבית הדין ובעיקר בשלב הערעור.

אשר לטענת הממונה כי בית הדין סטה מן ההלכה שנקבעה בעניין תנובה מציינת בזק כי בהבדל מאותו המקרה בענייננו אין מדובר במצב שבו אישר בית הדין תוספת קטנה לפגיעה בתחרות הקיימת ממילא, אלא במצב שבו לא שוכנע בית הדין כי קיימת כלל פגיעה בתחרות, גדולה או קטנה, בהשוואה למצב הדברים ללא המיזוג. בזק מוסיפה וטוענת כי אין יסוד לטענת הממונה לפיה בית הדין הכריע בערר על יסוד נטלי

הוכחה והיא עומדת על כך ששאלה זו רלוונטית רק מקום בו נוצר "תיקו ראייתי" מה שאין כן בענייננו. לטענתה נסמכת קביעת בית הדין על "מערכת שיקולי היגיון ובחינת המציאות לאור חומר הראיות" ולא על נטלי הוכחה, כפי שציין בית הדין עצמו בהחלטתו מיום 18.2.2009 לעניין עיכוב הביצוע. בזק מוסיפה וטוענת כי בית הדין היה ער לכך שאין מגבלות רגולטוריות על הקמת תשתית IPTV, אך לטענתה האיסור לשדר על התשתית חותר תחת הרציונאל להקמתה ולא ניתן לבסס התנגדות למיזוג על תרחישים עתידיים המותנים בשינויי חקיקה ורגולציה שהסיכוי כי יקרו אפסי ולמצער נמוך. בהקשר זה טוענת בזק כי התנגדותה של הממונה נשענת על הטענה לשינוי עתידי במבנה השוק, שינוי שאין כל אינדיקציה לתקפותו וכי בית הדין השתכנע שהבחירה הניצבת בפניו היא בין תשתית נכה אחת (הלוויין) ובין שתי תשתיות מוגבלות בתנאים אם יאושר המיזוג.

12. בזק מוסיפה וטוענת כי טכנולוגיות נוספות צפויות להיכנס לשוק בזמן הקרוב וכי כל הצדדים וכן המומחה מטעם בית הדין ייחסו חשיבות לטכנולוגיות אלה כמתחרות פוטנציאליות. עוד טוענת בזק כי ניסיון העבר מלמד שמקום בו ניתן לה להקים תשתית שנפתחה לשימושם של צדדים שלישיים בתנאי Open Access לא נפגעה התחרות והממונה מודה שלא ערכה ניתוח כלכלי המצביע על חשש אנכי, אשר ממילא אין בו ממש שכן בזק איננה בעלת מונופולין בתשתית לשידורי טלוויזיה רב ערוצית. בזק טוענת כי הממונה אינה מבהירה מהי אותה "רפורמה" שקידם כביכול בית הדין באמצעות התנאים שהשית עליה וכי התנאים קשורים קשר הדוק לחששות עליהם הצביעה הממונה: החשש מאי הקמת תשתית IPTV והחשש מפני "ניוון" תשתית הלוויין. לטענת בזק הממונה לא היססה בעבר להטיל תנאים "מקדמי תחרות" (להבדיל מתנאים שיש בהם לרפא פגיעה בתחרות) והדבר מקובל לגישה גם בדיני התחרות האירופיים. בזק טוענת כי לא קיים מדרג נורמטיבי הירארכי בין סוגי סעדים שונים והדבר תלוי בעובדות המקרה ונסיבותיו אך נוכח נוקשותם של תנאים מבניים הם מהווים לדבריה מוצא אחרון ויש להעדיף על פניהם ככל הניתן, תנאים התנהגותיים. במיוחד נכונים הדברים לטענת בזק בכלכלה קטנה כגון זו של מדינת ישראל אשר ממילא מוסדרת על-ידי רגולציה ענפית מסיבית. עוד עומדת בזק על כך שעיקרון ה-Open Access הוא עיקרון מקובל בענף התקשורת, שהוכר גם בפסיקתו של בית משפט זה וכי בהעדר יכולת להבטיח הקמתה של תשתית נוספת, קבעה גם ועדת גרונאו שהדרך להבטיח תחרות היא באמצעות זכויות מעבר על גבי תשתיות קיימות. לטענת בזק משמעות עיכוב המיזוג עד השלמת הקמת התשתית משמעותה השארת יס וענף הטלוויזיה הרב ערוצית כולו, "תלוי באוויר" לתקופה של מספר שנים, דבר הנוגד אינטרס של קידום הוודאות בשוק. עוד היא טוענת שבית הדין הוא זה שקבע את מתווה

התנאים וכל שהותיר למשרד התקשורת הוא קביעתם של פרטים ספציפיים-מקצועיים, שממילא מצויים בתחום סמכותו ומומחיותו והיא מציינת כי בית הדין אף קבע שככל שמשרד התקשורת לא יקבע תנאים כאמור, תעשה זאת הממונה. בזק מציינת כי הממונה ביכרה שלא לסייע בניסוח התנאים ובכך הקשתה מאוד על בית הדין בגיבושם. לבסוף טוענת בזק כי מעורבותו של הרגולטור הענפי בקביעת תנאים טכניים-מקצועיים ובפיקוח על יישומם יש בה יתרונות רבים נוכח המידע, הניסיון והמומחיות שיש לרגולטור בתחום זה.

13. אשר לערעורה של יורוקום, טוענת בזק כי עמדתה לוקה באותם קשיים בהם לוקה עמדת הממונה והיא מוסיפה וטוענת כי יורוקום הצטרפה להליך בשלב מאוחר, לא הגישה ראיות ולא חקרה עדים. על כן, אין לה בשלב הערעור זכות לטעון כנגד ממצאים עובדתיים שקבע בית הדין ולגישת בזק אין לייחס משמעות בהקשר זה לתצהיר שצירפה יורוקום במסגרת הליך הביניים לעניין הצטרפותה כצד לערר בפני בית הדין. בזק טוענת כי יורוקום מנסה להביא לחיובה של בזק לקיים עימה התמחרות על מנייתיה בים אף שזכות כזו אינה עומדת ליורוקום על פי תקנון יס ועל פי ההסכמים בין בעלי המניות בה. כמו כן עומדת בזק על כך שיורוקום היא בעלת השליטה בחברת חלל ממנה שוכרת יס את המקטעים הדרושים לשידוריה בטכנולוגיית הלוויין ולפיכך ליורוקום אינטרס מובהק שיש תמשיך לשדר על תשתית הלוויין בכל תנאי ובכל מחיר, בין שהדבר יעיל כלכלית ובין אם לאו. עוד עומדת בזק על כך שבהודעת הערעור מטעמה ביקשה יורוקום להטיל איסור קבוע על בזק לשדר על תשתית ה-IPTV (למעט לצורך שירותי VOD), אך בסיכומיה היא חוזרת בה מבקשתה זו וכן מן הדרישה שהעלתה בהודעת הערעור להטיל על בזק חובה להכשיר את עובדי המשדרים המתחרים שיפעלו על תשתית ה-IPTV ולאפשר להם גישה לתשתית על מנת לתחזקה ולתקנה. לבסוף טוענת בזק כי מטרתה של מגבלת שש השנים שהוטלה על יס באשר לשימוש בתשתית IPTV, אין מטרתה הגנה על מתחרה חדש בשוק והיא נועדה לענות על החשש מפני ניוון תשתית הלוויין בטרם עת. לטענת בזק מבטיחה התקופה שקבע בית הדין כי יס תישאר מחויבת להסכמים הקיימים עם חברת חלל המסתיימים בשנת 2016, מהם אין יס יכולה להשתחרר ממילא ללא הסכמת חברת חלל.

ערעור בזק

14. ערעור בזק מופנה כלפי גובה הערבות הבנקאית (200 מליון שקלים) אותה חוייבה להמציא לפי פסק דינו של בית הדין, על מנת להבטיח את קיום תנאי המיזוג. לגישת בזק אין כלל צורך בערבות בנקאית לשם הבטחת קיומם של תנאי המיזוג שכן

ניתן להבטיח את קיומם באמצעות סעדים הקבועים בדיני העונשין, הנזיקין והמשפט המינהלי, אך נוכח הסכמתה להעמדת ערבות כאמור אין בזק מערערת על עצם חיובת בהמצאת ערבות אלא רק על גובה הסכום והיא מציעה להעמידו על 50 מליון שקלים. לטענתה סכום הערבות שנקבע אינו מידתי, אינו סביר ומתעלם ממגוון אמצעי האכיפה האלטרנטיביים הקיימים במקרה דנן, מהעלות השוטפת של העמדת ערבות בסדר גודל כזה, ומעלותן של ההשקעות המהותיות שנדרשת בזק להשקיע כחלק מתנאי המיזוג שיש בהן כדי לפגוע ביכולתה לגייס את הערבות הנדרשת, נוכח מגבלות המערכת הבנקאית בארץ. עוד מציינת בזק כי לשם הבטחת קיום תנאי רישיונה הכללי היא נדרשת להעמיד ערבות בסך של 10 מיליון דולר, כי מיזוג חברות הכבלים אשר יצר מונופול הותנה בערבות בנקאית בסך של 15 מיליון דולר (וברבות הזמן הופחת סכומה לשני מיליון דולר) וכי בנסיבות אלה הסכום שהוטל עליה הינו חסר תקדים. לבסוף מציעה בזק כי אם יוותר הסכום של 200 מיליון ש"ח על כנו ייקבע לגביו הסדר חלופי כגון שיק עצמי או שטר חוב תחת הערבות הבנקאית שאותה חוייבה להפקיד.

15. הממונה מצידה טוענת כי בזק מבקשת לגרוע מכוחו, המוגבל ממילא, של המנגנון שקבע בית הדין בפסק דינו. הממונה עומדת על כך שמודל ה-Open Access שקבע בית הדין אינו מהווה פתרון לחשש האופקי עליו עמדה שעניינו אובדן של תשתית מתחרה, כי אם לחשש האנכי עליו הצביעה - החשש שבזק, כבעלת שליטה ביס, תבקש לחסום באמצעים כלכליים מתחרים של יס מלעשות שימוש בתשתית החדשה של בזק. לגישתה, מנגנון הערבות מנסה ליצור מנגנון הרתעה נוכח האינטרסים כבדי המשקל והיכולת שיש לבזק להכשיל כל ניסיון להתחרות ביס שבה תשלוט. בהקשר זה טוענת הממונה כי השליטה בתשתית יוצרת תלות מוחלטת ובעייתית של כל מתחרה עתידי של יס בבעלת השליטה ביס, בשל יכולתה של בזק לפגוע באיכות השידור באמצעות פגיעה בתשתית, דבר שיוביל לפגיעה משמעותית במוצר שתספק המתחרה של יס. הממונה מציינת כי פגיעה מסוג זה קשה מאוד לאיתור ואף אירעה לאחרונה בארצות הברית. עם זאת, סבורה הממונה כי מנגנון הערבות שנקבע לוקה בכשלים משמעותיים שכן הוא אינו מתייחס למגבלות הפיקוח ובעיקר לעלויות הפיקוח העצומות שיוצרים התנאים שקבע בית הדין; הוא לא נותן מענה לקשיים הטכניים באיתור ההפרה; והוא מסתיים דווקא במועד שבו צפויה בזק להעביר את יס משימוש בתשתית לוויין לשימוש ב-IPTV. עוד מציינת הממונה כי בנסיבות אחרות ואגב חקירה פלילית שהתנהלה נגד בזק, כבר נחשפה בבזק תרבות ארגונית שאינה מקפידה כנדרש על מניעת פגיעה פסולה במתחרים העושים שימוש ברשת שלה ובנסיבות אלה, ככל שיידחה ערעור הממונה יש לדעתה להותיר לפחות את הכלי ההרתעתי החלקי שנקבע בפסק הדין על כנו.

16. יורוקום טוענת כי אופי התנאים שהוטלו על בזק - הסדר התנהגותי סבוך המחייב פיקוח רגולטיבי ארוך טווח – מחייב "מנוף הרתעה הולם" וסנקציה מיידית ומשמעותית שאינה תלויה בניהולו של הליך משפטי התואמת את היקף חיוביה של בזק ואת "מחיר הטעות" שעלול הציבור לשלם אם יתברר כי בזק אינה עומדת בהם. יורוקום מוסיפה וטוענת כי בית הדין בחר בבטוחה אחת לקיום התנאים - הפקדת ערבות בנקאית - ובנסיבות אלה הסכום הוא סביר ואף מתבקש שכן הליכים משפטיים אינם יכולים להביא לתיקון המצב בזמן אמת וטיעוניה של בזק בערעורה מהווים תמרוך אזהרה באשר לשחיקת תנאי בית הדין. יורוקום מוסיפה וטוענת שהתנאים שקבע בית הדין מהווים "מקשה אחת" ואין לשנות תנאי אחד במערכת זו מבלי לפתוח את מסגרת התנאים כולה. לבסוף טוענת יורוקום כי בזק כללה במסגרת סיכומיה בלא נטילת רשות טענות עובדתיות באשר למגעיה עם בנקים שונים ועל כן, יש להתעלם מטענות אלה.

דיון

המסגרת הנורמטיבית: משטר הפיקוח על מיזוגים בישראל

17. סעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים מגדיר מיזוג חברות כך:

"מיזוג חברות" - לרבות רכישת עיקר נכסי חברה בידי חברה אחרת או רכישת מניות בחברה בידי חברה אחרת המקנות לחברה הרוכשת יותר מרבע מהערך הנקוב של הון המניות המוצא, או מכוח ההצבעה או מהכוח למנות יותר מרבע מהדירקטורים או השתתפות ביותר מרבע ברווחי החברה; הרכישה יכול שתהא במישרין או בעקיפין או באמצעות זכויות המוקנות בחוזה;

אין חולק כי מימוש האופציות על-ידי בזק במקרה דנן מהווה "מיזוג חברות" כהגדרתו המפורטת לעיל של מונח זה בחוק ההגבלים העסקיים, שכן בעקבות מימושן אמורה בזק, המחזיקה כיום ב-49.78% ממניות יס, לחצות את קו 50% ההחזקות ביס ולהפוך לבעלת 58.36% של המניות בה. במאמר מוסגר יצוין כי בדרך כלל אין רשות ההגבלים העסקיים נוהגת לדרוש הודעת מיזוג מן המחזיק בלמעלה ממחצית הזכויות בחברה המבקש להגדיל את החזקתו בזכות כלשהי לשיעור העולה על 75%. זאת, מן הטעם שחוק ההגבלים העסקיים רואה ממילא בפירמה ובאדם המחזיק בה מעל 50% הזכויות, "ישות מהותית אחת" ומכאן התפיסה לפיה בנסיבות אלה אין שינוי של ממש בזיקה בין מנגנוני קבלת ההחלטות של הגורמים המעורבים בעסקה (ראו: הנחיות הממונה על הגבלים עסקיים לגבי הליכי הדיווח והבדיקה של מיזוגי חברות לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: הנחיות הממונה)). לפיכך, חציית קו 50%

ההחזקות בחברה, כבענייננו, היא, בדרך כלל, נקודת הביקורת האחרונה בתחום זה על פי הנחיות הממונה.

פרק ג' לחוק ההגבלים העסקיים מסדיר את הפיקוח על מיזוג חברות והוא חל אך ורק על מיזוג חברות שמתקיים בהן אחד התנאים הקבועים בסעיף 17 לחוק ההגבלים העסקיים הנוגעים בעיקרם להיקף מחזור המכירות של החברות המתמזגות; להיותה של אחת מהן בעלת מונופולין כמשמעותה בסעיף 26 לחוק; ולהיווצרות מונופולין כתוצאה מן המיזוג (וראו גם סעיף 18 לחוק הקובע תנאים לעניין מיזוג עם חברה המנהלת עסקים הן בישראל והן מחוץ לישראל). סעיף 19 לחוק ההגבלים העסקיים קובע את האיסור החל על מיזוג חברות בהתקיים לגביהן התנאים הקבועים בסעיף 17 הנ"ל, אלא אם כן נמסרה הודעה על המיזוג ונתקבלה הסכמת הממונה, וכלשון הסעיף:

לא יתמזגו חברות אלא אם כן ניתנה תחילה הודעת מיזוג ונתקבלה למיזוג הסכמת הממונה, ואם הייתה הסכמתו מותנית - לפי התנאים שקבע, הכל לפי האמור בסימן זה.

סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים קובע באילו מקרים יתנגד הממונה לקיומו של מיזוג או יתנה את אישורו בתנאים, וכך נקבע בו:

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.

המבחן להפעלת סמכותה של הממונה הוא אם כן קיומו של "חשש סביר", דהיינו הערכה הסתברותית - הנבחן אקס-אנטה - לפגיעה משמעותית בתחרות בשל המיזוג המוצע או לפגיעה בציבור באחד העניינים המנויים בסעיף (ראו בע"א 3398/06 הרשות להגבלים עסקיים נ' דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ, פסקה 30 (לא פורסם, 6.12.2006) (להלן: עניין דור אלון)). בחינתו של מיזוג היא על כן דו-שלבית: ראשית, יש לזהות ולהגדיר את השוק הרלוונטי לעניין הנדון; שנית, יש לבחון האם

קיים חשש סביר שהמיזוג המוצע אכן יוביל לפגיעה משמעותית בתחרות באותו השוק או לפגיעה בציבור כאמור (עניין תנובה, 231-233).

הסדר סטטוטורי זה לפיקוח על מיזוג חברות הינו התפתחות מאוחרת בדין הישראלי (כמו גם בדיני ההגבלים העסקיים בארצות הברית ובדיני התחרות באיחוד האירופי, ראו לעניין זה יצחק יגור דיני הגבלים עסקיים 411-412 (מהדורה שלישית, 2002) (להלן: יגור)). חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959 בגרסתו המקורית לא כלל הוראות בעניין מיזוג חברות, אך במחצית הראשונה של שנות השבעים התברר כי הניסיון לעודד מיזוגים באמצעות תמריצים ממשלתיים והעדר מנגנון פיקוח על מיזוגים, הובילו לריכוזיות גבוהה בענפים רבים במשק הישראלי, ובשנת 1975 הוקמה ועדה לבחינת חוק ההגבלים העסקיים בראשות פרופ' יוסף גרוס שהמלצותיה היוו בסיס לחקיקת חוק ההגבלים העסקיים החדש משנת 1988 (ראו: ברק אורבך "מטרות דיני ההגבלים העסקיים: הלכה למעשה" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים 83-85 (כרך ראשון, מיכל (שיצר) גל ומנחם פרלמן עורכים, 2008) (להלן: ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים); דין וחשבון הוועדה למיזוגים ולקונגלומרטים, 6 (1978)). הנחת היסוד אשר עמדה בבסיס החוק החדש משנת 1988 הייתה שמיזוגים הם בעיקרם רצויים, ככל שהדבר נוגע ליעילות עסקית וליתרונות לגודל, וכי יש בהם לא אחת כדי להביא להוזלת המחיר הסופי לצרכן. עם זאת ובשל העובדה כי בנסיבות מסוימות יש במיזוגים כדי להוביל לפגיעה בתחרות כתוצאה מהגדלת הכוח או נתח השוק של החברות המתמזגות, סבר המחוקק כי מן הראוי לפקח עליהם ובמקרים מסוימים אף להגבילם (ראו: דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ד-1983, ה"ח 1647, 39-40; עניין תנובה, 227; עניין דור אלון, פסקאות 29-31). פיקוח זה נועד להגשים את המטרה המונחת ביסוד חוק ההגבלים העסקיים והיא - "[ה]גנה על הציבור הרחב מפני עיוותים כלכליים שמקורם בריכוזיות יתר בשווקים מסוימים" (עניין תנובה, 229). זאת בדרך של שמירה על התחרות וקידומה על מנת שתהווה תמריץ לפיתוח ולחדשנות וכן על מנת להגביר את יעילות השימוש וניצול המשאבים ותבטיח לצרכן הסופי מוצר באיכות הטובה ביותר ובמחיר הסביר ביותר. התחרות החופשית כערך שעליו נועד חוק ההגבלים העסקיים להגן נתפסת גם כ"סממן בולט של חירות הפרט להגשמת האוטונומיה שלו" (עניין תנובה, 229), התורמת לביזור מוקדי כוח והכרעה, מונעת ריכוזיות יתר של כוח בידי גופים בודדים ומגנה על זכויות יסוד נוספות ובהן חופש העיסוק (שם 230-229; עניין דור אלון, פסקה 29; דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 79-80 (2001)). בענף התקשורת יש לשמירה על התחרות חשיבות מיוחדת. דומה כי אין עוררין על כך שבחברה חופשית משמשים אמצעי התקשורת במה מרכזית

להבעת השקפות ודעות וכלי הכרחי למסירת אינפורמציה ולחשיפת נתונים בעלי חשיבות ציבורית. בכך ממלאים אמצעי התקשורת תפקיד חיוני לקיומינו כחברה דמוקרטית ומגשימים זכויות יסוד כחופש הביטוי וזכותו של הציבור לדעת (ראו בג"ץ 7200/02 די.בי.אס שרותי לוויין (1998) בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נט(6) 21, 34-35 (2005) (להלן: עניין די.בי.אס); דפנה ברק-ארוז, "חופש הגישה לאמצעי התקשורת - איזון אינטרסים בתחומי הזכות לחופש ביטוי", עיוני משפט יב 183 (תשמ"ז)). קיומה של תחרות בענף זה תורם על כן להתפתחותו של השיח הציבורי כשיח מגוון ופולורליסטי ומצמצם את הסיכון כי מידע בעל חשיבות ציבורית לא ייחשף בשל אינטרסים כלכליים או אחרים של מאן דהוא.

האם המיזוג דנן מעורר חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות?

18. סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים אותו ציטטנו לעיל מסמיך את הממונה להתנגד למיזוג או להתנותו בתנאים אם לדעתו קיים חשש סביר שהמיזוג כפי שהוצע יפגע באופן משמעותי בתחרות באותו ענף (שוק). בחינת הפגיעה מתבצעת בהתייחס לשוק הרלוונטי, דהיינו השוק שבו שליטה של פירמה (על פי מבחן המונופול ההיפותטי) יכולה לאפשר לה להקטין תפוקה ולהעלות מחיר מעבר לעלות השולית, תוך גריפת רווח (עניין תנובה, 232; מנחם פרלמן "הגדרת שווקים" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים, 167). תיחום השוק הרלוונטי בשלב הראשון הוא הכרחי, אפוא, לצורך בחינת קיומו של חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות ולכך נפנה עתה.

הגדרת השווקים הרלוונטיים

19. שני שווקים בתחום הטלוויזיה הרב ערוצית רלוונטיים לענייננו: שוק התשתית (הטכנולוגיה באמצעותה מועבר התוכן) ושוק התוכן (השירותים והתוכן המועברים על גבי התשתית). שווקים אלה הינם חלק משרשרת אנכית בתחום הטלוויזיה הרב ערוצית המורכבת על פי הגדרת הממונה מארבעה גורמים: (1) מפיקי תוכן היוצרים את תכני השידור ומתקשרים לצורך כך עם בעלי מקצוע רלוונטיים וכן מנהלים את ההפקה (2) מפיקי ערוצים אשר בונים לוח משדרים, ממתגים ומשווקים ערוצים (חלקם אף מפיקים תכנים המשודרים על-ידם) (3) משדרים הרוכשים את הערוצים השונים, "אורזים" אותם לחבילות שידורים, משווקים את המותג ללקוחות הקצה ואחראים על מתן

השירות ללקוחות (4) ספקי תשתית עליה מועבר התוכן מחצרים של המשדרים לביתו של הלקוח.

מבחינה היסטורית מאופיין ענף הטלוויזיה הרב ערוצית בישראל בהעדר תחרות ישירה ואפקטיבית, שכן במשך שנים נשלט ענף זה על-ידי מונופולים אזוריים - חברות כבלים - להן ניתן זיכיון בלעדי לאספקת שידורי טלוויזיה בכבלים באזור גיאוגרפי מסוים (ראו הכרזת מונופולין בהתאם לסעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 על זכיינות הכבלים בישראל מיום 8.11.1999). בלעדיות זו הובילה לכך שהתחרות בשוק הוגבלה ל"תחרות השוואתית" (Yard Stick Competition) המתאפיינת בכך שרמת מחירים נמוכה ורמת תוכניות גבוהה באזור אחד יכול שתייצר לחץ ציבורי על המשדרים באזורים אחרים. אך תחרות זו מטיבה מוגבלת, שכן החשש היחיד מבחינת הזכיינים הוא שהצרכן יחדל לצרוך את השירות (צעד שיש לו עלות מבחינת הצרכן הבודד) ואין חשש שמא יעבור לחברה אחרת (מעבר כזה כרוך בשינוי מקום מגורים). במחצית השנייה של שנת 2000 נוספה לשוק שחקנית בעלת פריסה ארצית, היא חברת הלוויין. החידוש הטכנולוגי הוביל את השוק ממצב של מונופול מושלם למצב של דואופול. פעילות חברת הלוויין חייבה תיקון חקיקה ואף עמדה לביקורת בבג"ץ (ראו בג"ץ 508/98 מת"ב מערכות תקשורת בכבלים נ' הכנסת, פ"ד נד(4) 577 (2000)). כניסתה של פלטפורמת שידורים נוספת זו לוותה בהשפעות תחרותיות ברוכות ובהטבות משמעותיות בהיצע לצרכנים. בשנת 2002 פנו חברות הכבלים האיזוריות לממונה בבקשת מיזוג, וזה אושר, בתנאים ובהם קיום הפרדה מבנית בחברת הוט בין חברת תשתית ("הוט טלקום שותפות מוגבלת") וחברת שידורים ("הוט מערכות תקשורת בכבלים בע"מ"). עררים שהוגשו על החלטה זו נדחו בעיקרם על-ידי בית הדין (ראו ה"ע 7005/02 די.בי.אס שירותי לוויין 1998 בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (לא פורסם, 9.6.2004) (להלן: ה"ע די.בי.אס)) ומיזוגן המלא של חברות הכבלים הושלם ביום 31.12.2006.

הלכה למעשה המציאות בענף הטלוויזיה הרב ערוצית בישראל כיום היא שבשוק התשתית ובשוק התוכן פועלות שתי שחקניות בלבד - הוט ויס - וכל אחת מהן מקיימת אינטגרציה אנכית מלאה בין חוליית התשתית לחוליית המשדרים (הוט מחזיקה בין 55%-65% מן השוק והוכרזה כמונופולין בנובמבר 1999. יתר השוק מוחזק על-ידי יס). ככל שהדבר נוגע להוט עמדה ועדת גרונאו על כך שלמרות ההפרדה המבנית בה חויבה הוט במסגרת אישור מיזוג חברות הכבלים, בפועל נשלטת חברת התשתית וחברת השידורים של הוט (האחרונה פועלת על פי רישיון שניתן לה מתוקף פרק ב'1 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), על-ידי בעלי מניות זהים והן מתפקדות כישות

מסחרית-כלכלית אחת (ראו דו"ח ועדת גרונאו, 110-111). יס מחזיקה ומפעילה כאמור תשתית לוויינית (את מקטעי החלל היא רוכשת מחברת חלל שבשליטת יורוקום) ותחת אותה קורת גג תאגידית היא פועלת גם כמשרתת על אותה תשתית (מתוקף הרישיון שניתן לה לצורך כך על פי פרק ב'2 לחוק התקשורת (בזק ושידורים)).

20. שוק התשתית בטלוויזיה הרב ערוצית מאופיין בחסמי כניסה תמירים שעיקרם: העלות הגבוהה במיוחד הכרוכה בהקמת תשתית של מרכז שידורים; מערך הפצה; והצבה של ממירים המפענחים את אות השידורים. בישראל מופעלות כיום שתי טכנולוגיות אשר באמצעותן מועברים שידורי הטלוויזיה הרב ערוצית: תשתית המבוססת על שידורי לוויין ותשתית כבלים קווית. היכולות הטכנולוגיות של תשתיות אלה אינן זהות. שיטת השידור הלוויינית אינה מאפשרת יכולת בידול של התוכן המשודר בהתאם למיקומם הגיאוגרפי של הלקוחות. על כן, טכנולוגיה זו אינה יכולה לתמוך בשידורי ערוץ חוזר - תנאי הכרחי לאספקת שירותי "וידאו לפי דרישה" (VOD), דהיינו שידור ערוץ ייעודי על פי דרישת הלקוח מתוך מאגר תוכניות הנשמר על שרתי חברת השידורים. יס, הפועלת על תשתית הלוויין אינה יכולה על כן להציע שירותי VOD ואלה מוצעים בשוק על-ידי הוט בלבד, הפועלת כאמור על תשתית הכבלים (במאמר מוסגר יצוין כי יש בידי יס להציע שירות דומה המכונה Push-VOD, הבנוי על ממיר בעל קיבולת נתונה של זיכרון). מאידך גיסא, לטכנולוגיית הלוויין יתרונות משלה ובהם הקלות היחסית בה יכול הלוויין לשדר לאזורים מרוחקים ודלילי אוכלוסין בלא העלויות הכרוכות בסלילה של תשתית קווית.

טכנולוגיה נוספת אשר בה נעשה שימוש בעולם מאז שנת 2004 עבור שידורים בטלוויזיה רב ערוצית, היא טכנולוגיית ה-IPTV (Internet Protocol Television) שכבר נזכרה לעיל. טכנולוגיה זו פועלת על גבי רשת ניחת. הצופה הביתי מפעיל ממיר באמצעות שלט וזה מתקשר לכתובת ה-IP של מקור השידורים באמצעות רשת סגורה ומנוהלת. הטכנולוגיה מאפשרת העברת מספר רב של ערוצים על גבי התשתית מבלי שמקבץ ערוצים אחד יבוא על חשבון מקבץ אחר (להבדיל מהקיבולות המוגבלות שיכולות להציע תשתיות הלוויין והכבלים), ויש לה יכולת לחסום ערוצים מסוימים ולא לשדר אות זהה לכלל המנויים. יתרונות אלה מתאפשרים נוכח ניצול יעיל של רוחב פס תשתית הגישה שעליו מועברים ללקוח שידורים מבודלים הנצפים על-ידו על פי בחירתו. בתשתיות הכבלים והלוויין לעומת זאת משודר בכל עת אות זהה לכלל המנויים והערוצים שבהם אין הלקוח צופה נחסמים על-ידי מערכת ניהול (Conditional Access). ברחבי העולם מוצעים שירותי ה-IPTV באמצעות חברות טלקום נוכח פריסת

התשתית המצויה בידיהן, או באמצעות מפעילי משנה החוכרים את התשתית מידי חברות הטלפוניה. טכנולוגיה זו אינה קיימת ואינה מופעלת כיום בישראל.

21. שוק התוכן מאופיין גם הוא בחסמי כניסה, אם כי אלה פחותים משמעותית מחסמי הכניסה בהם מאופיין שוק התשתית. בין חסמים אלה ניתן למנות את הצורך בבניית מותג ושימורו; כריתת הסכמים עם גורמי תוכן בארץ ובחו"ל; קבלת רישיון כללי לשידורים וכן כללי רגולציה החלים על התחום (ראו עניין די.בי.א.ס, 37-38). כאמור, פועלות בשוק התוכן כיום שתי שחקניות בלבד - הוט ויס, והאינטגרציה האנכית המלאה הקיימת אצל כל אחת מהן בין חולית התשתית לחולית השידורים, הופכת את חסמי הכניסה אל שוק התוכן לתמירים עוד יותר. יצוין כי חוק התקשורת (בזק ושידורים) מאפשר קבלת רישיון מיוחד לשידורי כבלים על גבי תשתית הכבלים לשם העברת ערוצים בודדים (בשיטת Open Access). אולם הביקוש לרישיון מסוג זה היה עד כה מוגבל ביותר ולא ניתן להצביע בהקשר זה על מודל עסקי מוצלח, נוכח המגבלות הרגולטוריות והטכנולוגיות המוטלות על משדר כאמור.

פגיעה בתחרות ודוקטרינת המתחרה הפוטנציאלי בפועל

22. המיזוג בו עסקינן איננו מיזוג אופקי משום שבזק עצמה אינה מתחרה כיום באיזה מן השווקים הרלוונטיים לענייננו (שוק התשתית או שוק התוכן בטלוויזיה הרב ערוצית). כמו כן, אין מדובר במיזוג אנכי בין חברות הפועלות באותו ענף בשלבים שונים של הייצור או השיווק משום שכל פעילותה של בזק בענף הטלוויזיה הרב ערוצית מסתכמת בהחזקת המניות שיש לה ביס כיום. המיזוג בו עסקינן עניינו במימוש שישה כתבי אופציה שיש לבזק ביס אשר עם מימושן תגדיל בזק את החזקותיה ביס משיעור של 49.78% כיום לשיעור של 58.36%. אל מיזוג זה שאינו אופקי ואינו אנכי ניתן להתייחס כמיזוג קונגלומרטי (ראו בהקשר זה: ה"ע די.בי.א.ס, פסקה 12; ערר (מחוזי י-ם) 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פסקה 71 (לא פורסם, 29.5.2003) (להלן: עניין פוד קלאב); למיזוג קונגלומרטי ראו גם: *FTC v. Procter & Gamble, Co.*, 386 U.S. 568, 578 (1967) (להלן: *Procter & Gamble*)), דהיינו מיזוג הנוגע לגורם - בזק בענייננו - שהוא בעל עוצמה כלכלית ומורכב מיחידות עסקיות שונות הפועלות בשווקים מגוונים ומתמחות בייצור מוצרים או במתן שירותים אשר אין ביניהם בהכרח מכנה משותף ואשר אינם דומים או קשורים לתחום התמחותה של החברה הרוכשת (ראו עניין פוד קלאב, פסקה 72. ראו גם: KEITH N. HYLTON, ANTITRUST LAW: ECONOMIC THEORY AND COMMON LAW EVOLUTION 344 (Cambridge Univ. Press 2003) (להלן: *Hylton, Antitrust Law*)). ניתן להצביע על

מספר סכנות לתחרות הטמונות במיזוג קונגלומרטי (ראו: PHILLIP AREEDA & DONALD F. TURNER, ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION, vol. 5, §1100 et seq. (1980); (להלן: Areeda & Turner, Antitrust Law); EARL W. KINTNER, FEDERAL ANTITRUST LAW, vol. 4, §36.4 (1984)). לרוב מאפשר המבנה הקונגלומרטי לכל אחת מהחברות בקבוצה להנות מיתרונות הגודל ומאמצעי מימון נוחים. מיזוג קונגלומרטי יכולות להיות לו על כן השפעות פרו-תחרותיות, למשל בניצול עוצמתו הפיננסית של הקונגלומרט על מנת למנוע את חיסולה של החברה הנרכשת ולייעלה ובכך למנוע את הוצאתה כמתחרה מן השוק. מיזוגים קונגלומרטים נחשבים לא אחת כמיזוגים שהשפעתם על התחרות היא ניטראלית ולעיתים אף מועילה (ראו Case T-1997-02, Tetra Laval BV v. Comm'n, 2002 E.C.R. II-4381, at para. 155; עניין קלאב, פסקה 73. ואולם ראו יגור, 502-503).

23. חשש אופייני לפגיעה בתחרות המתעורר עקב מיזוג קונגלומרטי, הינו החשש מפני פגיעתו של מיזוג כזה בתחרות הפוטנציאלית (ראו: United States Department of Justice Non-Horizontal Merger Guidelines 1984, §4, §4.11 (להלן: ההנחיות האמריקאיות בדבר מיזוגים שאינם אופקיים)). המשפט האמריקאי מבחין בהקשר זה בין שתי דוקטרינות: דוקטרינת התחרות הפוטנציאלית בכוח (Perceived Potential Competition) ודוקטרינת התחרות הפוטנציאלית בפועל (Actual Potential Competition). פגיעה בתחרות פוטנציאלית בכוח מתקיימת כאשר עצם קיומו של מתחרה פוטנציאלי, אף שאינו מצוי בהווה בשוק הרלוונטי, מרסן את כוח השוק של הפירמות הפועלות בו. הפגיעה בתחרות הפוטנציאלית בכוח היא, אם כן, פגיעה המתרחשת בהווה ונובעת מהסרת האיום שבכניסתו של אותו מתחרה פוטנציאלי לשוק. בהעדר מתחרים פוטנציאליים אחרים, עשויה כניסתו של אותו מתחרה פוטנציאלי במסגרת מיזוג עם חברה אחרת המצויה בשוק הרלוונטי (ולא כמתחרה עצמאי) להפחית מן הלחץ התחרותי המופעל עקב איום זה על המתחרים הפועלים בשוק (ראו: עניין פוד קלאב, פסקה 47; ה"ע די.בי.אט, פסקה 13; ההנחיות האמריקאיות בדבר מיזוגים שאינם אופקיים, סעיף 4.111; ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments, 354 (5th Ed., 2002) (להלן: Antitrust Law Developments)). כדי לבסס פגיעה בתחרות הפוטנציאלית בכוח יש להוכיח כי המתחרים הקיימים בשוק אכן רואים בחברה המתמזגת מתחרה פוטנציאלית וכי קיומה מרסן את התנהגותם העסקית (ראו: עניין פוד קלאב, פסקה 47; Areeda & Turner, Antitrust Law at §1116a).

במקרה שלפנינו לא נטענה כל טענה לפגיעה בתחרות הפוטנציאלית בכוח, וממילא לא הוכחה טענה כאמור. הדוקטרינה הרלוונטית לענייננו היא דוקטרינת התחרות הפוטנציאלית בפועל ועליה נעמוד להלן.

24. דוקטרינת התחרות הפוטנציאלית בפועל עוסקת בתחרות העשויה להתפתח בשוק הרלוונטי אלמלא המיזוג כתוצאה מכך שאחת החברות המתמזגות, שאינה מתחרה בשוק כיום, תיכנס אליו בעתיד באופן עצמאי. דוקטרינה זו עניינה אפוא בפגיעה עתידית שתיגרם לשוק הרלוונטי בשל כך שיגרע ממנו מתחרה פוטנציאלי כתוצאה מן המיזוג. הדוקטרינה מוכרת בארצות הברית (ראו: ההנחיות האמריקאיות בדבר מיזוגים שאינם אופקיים, סעיף 4.112; *United States v. Falstaff Brewing Corp.*, 410 U.S. 526 (1973) (להלן: *Falstaff*); *United States v. Marine Bancorporation, Inc.*, 418 U.S. 602 (1974) (להלן: *Marine Bancorporation*); *Tenneco, Inc. v. Yamaha Motor Co., Ltd. v. FTC*, 657 F.2d 971 (8th Cir. 1981); *FTC*, 689 F.2d 346 (2d Cir. 1982)), ונעשה בה שימוש על-ידי רשות הסחר הפדראלית (ה- Federal Trade Commission - FTC), משרד המשפטים (DOJ - Department of Justice) ורשות התקשורת הפדראלית (ה- Federal Communications Commission) באמריקה, על פי חלוקת הסמכויות ביניהם לעניין אישור מיזוגים (ראו למשל: *United States v. AT&T Corp. and MediaOne Group, Inc.*, Proposed Final Judgment and Competitive Impact Statement, 65 F.R. 38584 (2000); *In re Applications of NYNEX Corp. & Bell Atlantic Corp.*, 12 F.C.C.R. 19,985 (1997)). השאלה האם יש בכוחה של דוקטרינת המתחרה הפוטנציאלי בפועל להוות נימוק יחיד להתנגד למיזוג נותרה בצריך עיון בפסיקתו של בית המשפט העליון האמריקאי (*Marine Bancorporation*, 410 U.S. at 537; *Falstaff*, 410 U.S. at 639).

התפיסה לפיה אובדן מתחרה פוטנציאלי כתוצאה מן המיזוג מהווה פגיעה בתחרות, מוכרת גם בקנדה (Canadian Competition Bureau Merger Enforcement Guidelines, part 2 (2004)); באיחוד האירופי (EU Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings 2008/c 265/07, article 7 (2008) on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings 2004/c 31/3, articles 58-60 (2004)); ובבריטניה (Mergers: Substantive Assessment Guidelines, Enterprise Act 2002,) (Office of Fair Trading 2003) article 4.8 (ראו גם §4.24 Consultation Document).

(April 2009). דוקטרינת המתחרה הפוטנציאלי בפועל נזכרת גם בפסיקתו של בית הדין להגבלים עסקיים בישראל (ראו: עניין פוד קלאב, פסקאות 51-49; ה"ע די.בי.אס, פסקאות 14-15), ולאחרונה אף אישר בית הדין את התנגדותה של הממונה למיזוג אופקי, בין היתר, מנימוקים אשר נסמכו בדרך האנלוגיה על הדוקטרינה (ה"ע 8006/03 יהודה פלדות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם, 11.4.2007) (להלן: עניין יהודה פלדות). בהתייחסו אל הדוקטרינה ואל המבחינים להחלתה קבע בית הדין שם:

במצב דברים זה, אנו סבורים כי אין כל מניעה להביא בכלל חשבון שיקול של פגיעה בתחרות פוטנציאלית, כאחד השיקולים להתנגדות למיזוג. ניתן לדמות זאת, על דרך האנלוגיה, לדוקטרינה של פגיעה בתחרות פוטנציאלית, במיזוגים לא אופקיים. בית הדין נדרש בעבר לדוקטרינה זו, בהפרידו ביו פגיעה בפועל ובין פגיעה בכוח בתחרות הפוטנציאלית.

[...] לעניינו רלוונטית סוגיית הפגיעה בתחרות הפוטנציאלית בפועל, היינו בתחרות שעשויה הייתה להתפתח בשוק אלמלא המיזוג, עם כניסתה של אחת הפירמות המתמזגות לפעילות בשוק הרלוונטי. כדי לפסול מיזוג על יסוד דוקטרינה זו, יש להוכיח שלמתחרה שנכנס לשוק בדרך של מיזוג יש יכולת כלכלית, עניין, מניע וכן אפשרות מעשית להיכנס לשוק שלא בדרך של מיזוג. יש להציג הוכחות אובייקטיביות לאפשרות כזו, ובנוסף יש להראות כי לאפשרות זו יתרונות תחרותיים על פני המיזוג (ערר 1/99 פוד קלאב בסעיף 49).

בהתאמה לעניינו, חוד הנה מתחרה פוטנציאלית בפועל, אשר ביקשה להיכנס לשוק בנעליה של מפ"מ (פסקאות 61-60, ההדגשות הוספו).

25. בארצות הברית הצביעו בתי המשפט על מספר קריטריונים אשר בהתקיימם ניתן יהיה להחילה: ראשית על השוק אשר בו מתבצע המיזוג להיות בעל מבנה ריכוזי (ראו: *Marine Bancorporation, Ltd. v. FTC*, 557 F.2d 24, 25 (2d Cir. 1977); *Bancorporation*, 418 U.S. at 625. שנית, יש להראות כי לחברה אשר אינה מצויה בענף יש המאפיינים, היכולות והתמריץ הכלכלי להיכנס אליו על רגליה שלה ולא באמצעות המיזוג (*Marine Bancorporation*, 418 U.S. at 633). שלישית, יש להראות כי כניסת החברה אשר אינה מצויה בענף באופן עצמאי צפויה להקטין באופן משמעותי את הריכוזיות בשוק או להוביל ליתרונות פרו-תחרותיים משמעותיים אחרים על פני המיזוג (שם). ההנחיות האמריקאיות בדבר מיזוגים שאינם אופקיים מוסיפות שיקולים נוספים, שאינם ייחודיים לדוקטרינה הנ"ל, ובהם גובה חסמי הכניסה לשוק הרלוונטי, מספר המתחרים הפוטנציאליים הנוספים העשויים להיכנס בעתיד לשוק, וכן נתח השוק

של החברה הנרכשת (סעיפים 4.132-4.134, וראו גם: Areeda & Turner, Antitrust Law Developments, 355; Law at §1119c-f). שיקול רלוונטי נוסף על פי ההנחיות האמריקאיות שאף הוא אינו ייחודי לדוקטרינה הנ"ל בוחן את השאלה האם היעילות הטמונה במיזוג עולה על החששות התחרותיים שהוא מציב (סעיף 4.135 להנחיות האמריקאיות בדבר מיזוגים שאינם אופקיים; Revised Section 4 Horizontal Merger Guidelines Issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission (April 8, 1997); 938 F.2d 1206, 1222; FTC v. University Health, Inc., 11th Cir. 1991); עניין יהודה פלדוט, פסקה 64). נוכח הדרישות שנקבעו בארצות הברית לצורך החלת הדוקטרינה, יש הסוברים שם כי מדובר בדוקטרינה נכחדת ובלתי ישימה (ראו: HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE § 13.4b (West Publishing Co. 1994); Andrew S. Joskow, *Potential Competition: The Bell Atlantic/NYNEX Merger*, Review of Industrial Organization, 185, 189 (2000); Darren Bush & Salvatore Massa, *Rethinking the Potential Competition Doctrine*, 2004 Wis. L. Rev. 1035, 1037 (2004) (להלן: Bush & Massa, *Rethinking the Potential Competition Doctrine*).

26. אכן, מדובר בדוקטרינה שיישום בלתי זהיר שלה יכול להוביל לפגיעה ביעילות המושגת באמצעות מיזוגים ובנסיבות מסוימות היא אף עלולה להוביל לפגיעה בתחרות (ככל שהניתוח לגבי כניסתה של החברה המתמזגת לשוק באופן עצמאי הינו מוטעה). השימוש בדוקטרינה יכול להגדיל את עלות הכניסה לשווקים חדשים (שכן כניסה עצמאית היא לרוב יקרה יותר) ובכך להרתיע חברות מלנסות ולהיכנס אליהם. כמו כן יש בדוקטרינה זו במידה רבה כדי להטיל על חברות במשק חובה פוזיטיבית של "שיפור התחרות" להבדיל מהימנעות מפגיעה בתחרות ובכך יש משום הרחבה לא מבוטלת של משטר הפיקוח על מיזוגים (ראו: Hylton, *Antitrust Law*, p. 345-346; Areeda & Turner, *Antitrust Law* at § 1118).

במקרה שלפנינו הממונה סומכת את נימוקי התנגדותה למיזוג על דוקטרינה זו של המתחרה הפוטנציאלי בפועל ותמצית טענתה בהקשר זה היא כי ללא המיזוג צפויה בזק להיכנס כמתחרה עצמאית לשוק התשתית ולשוק התוכן בטלוויזיה הרב ערוצית. על כן, לגישת הממונה, יגרום אישור המיזוג לאובדן של בזק כמתחרה פוטנציאלית בשווקים אלה או באחד מהם וייקבע אותם כשווקים דואופולים. בהתייחסו לטענותיה של הממונה לא בחן בית הדין את שאלת התאמתה של דוקטרינת המתחרה הפוטנציאלי בפועל לדין הישראלי ולהוראות הרלוונטיות הנוגעות לאישור מיזוגים בחוק ההגבלים העסקיים. בית הדין בחן את תחולתה של הדוקטרינה לגופם של דברים וחלק הארי של פסק דינו מוקדש לבחינת ההסתברות לכך שבזק תיכנס לשוק התשתית או לשוק התוכן

אם לא יתקיים המיזוג. משכך ניתן להניח כי הוא לא הסתייג מן הגישה העקרונית שהציגה הממונה לפיה יש לאמץ דוקטרינה זו בדין הישראלי. דומני כי ההנחה שהדוקטרינה חלה בדין הישראלי איננה טריוויאלית ובטרם נעשה כן יש להקדים ולבחון האם היא מתיישבת עם הוראותיו ועם תכליתו של סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים הקובע את הקריטריונים לאישורו או פסילתו של מיזוג עליו חל פרק ג' של החוק. ביתר פירוט, יש לבחון האם הפגיעה בתחרות או בציבור שבה מדבר סעיף 21 הנ"ל פירושה גם פגיעה עתידית באותו ענף בשל אובדן מתחרה פוטנציאלי שהיה נכנס לשוק אלמלא המיזוג. על הצורך להתאים דוקטרינות והלכות הלקוחות מן המשפט המשווה בתחום ההגבלים העסקיים (ובכלל), טרם שניתן יהיה לאמץ אותן בדין הישראלי, עמדה השופטת נאור בהקדמה לכרך הראשון של הספר ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים בעריכת מיכל גל ומנחם פרלמן, באומרה כי ניתן למצוא ספרות עשירה ופסקי דין רבים במשפט המשווה הנוגע לדיני הגבלים עסקיים, אולם, כך הוסיפה וציינה "בבקשו ליישם בישראל את מה שקרא ולמד מן המשפט האמריקני או האירופי, ייתקל בהכרח במעצור. מאליה עולה השאלה האם הפתרון שנקבע במקום אחר מתאים ל'תנאי הארץ ולתושביה' ולדין הישראלי?" (שם, 15).

דוקטרינת המתחרה הפוטנציאלי בפועל והדין הישראלי

27. בעניין דור אלון ציינה השופטת א' פרוקצ'יה כי "בהינתן תכליתו של חוק ההגבלים העסקיים לעודד את התחרות ולהגן על הצרכן, עשויה להיות חשיבות לציפייה ממשית לשינוי עתידי בשוק הרלוונטי במסגרת הערכת אופיו התחרותי של שוק זה לימים יבואו" (עניין דור אלון, פסקה 56). באותו מקרה נקבע כי על פי מצב השוק בעת הדיון בבקשה, המיזוג האופקי שעמד על הפרק בין דור-אלון אנרגיה בישראל (1988) בע"מ לסונול ישראל בע"מ, מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בענף הדלק (בשווקים שהוגדרו לצורך אותו עניין). ואולם, החברות שביקשו להתמזג העלו בהקשר זה טענה כי התפתחויות עתידיות (הפרטת בתי הזיקוק) הצפויות להתרחש בענף הדלק, ללא קשר למיזוג, יש בהן כדי למתן פגיעה זו ואף לאיננה, בין היתר, בשל היתרון שיקנה להן המיזוג מבחינת היכולת להתחרות בצורה אפקטיבית ולטובת הצרכן בגורמים חזקים מהן, לאחר השינוי הצפוי להתרחש במערך הכוחות באותו ענף. בית המשפט מוכן היה להביא בחשבון שינויים עתידיים אלה במכלול השיקולים הצריכים לבחינת הפגיעה בתחרות והסתברות להתרחשותה, אך לגופם של דברים סבר כי מדובר בשינויים המתאפיינים באי וודאות לגבי התרחשותם ולגבי היקפם וטווח הזמנים שבו יקרו ועל כן סבר כי אין בהם כדי להשפיע על המסקנה בדבר החשש הסביר הקיים לפגיעה משמעותית בתחרות, המצדיק את פסילת המיזוג.

הטענה שמעלה הממונה במקרה שלפנינו שונה מזו שהעלו החברות המבקשות בעניין דור-אלון. עיקרה בכך שצפויה להתרחש פגיעה עתידית בתחרות אם יאושר המיזוג וזאת בשל ההסתברות הגבוהה לטענתה כי ללא המיזוג תיכנס בזק לשוק התשתית ולשוק התוכן בטלוויזיה הרב ערוצית והדבר ישפר את התחרות בענף. יחד עם זאת, דומני כי ניתן לפרש את הוראת סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים הן מבחינת הלשון והן מבחינת התכלית שהוא מבקש להגשים באופן המאפשר להביא בחשבון גם חשש סביר לפגיעה עתידית בתחרות כאמור. המכנה המשותף בין הטענות שמעלה הממונה במקרה דנן ובין הטענות שהעלו מבקשי המיזוג בעניין דור-אלון, נעוץ בכך שעל מנת להגשים את התכליות שביסוד דיני ההגבלים העסקיים - עידוד התחרות והגנה על הצרכן - מובאות בחשבון בשני המקרים התפתחויות עתידיות שאת רמת הסתברותן יש להעריך, המשפיעות על החלטת הממונה אם לאשר מיזוג או להתנגד לאישורו (לעניין הערכת התפתחויות עתידיות כחלק בלתי נפרד מניתוח כלכלי של מיזוגים ושל ההשפעות על התחרות הכרוכות בהם, ראו והשוו: מנחם פרלמן, "הפיקוח על מיזוגים בישראל: בחינת פסק דין דור אלון - סונול", תאגידים ה/2, 98, 105-107 (2008); הנימוקים להתנגדות הממונה על הגבלים עסקיים למיזוג בין: אורלייט תעשיות (1959) בע"מ - ענבר פוליאסטר משוריין בע"מ, פרק ד.1, (9.11.2006)). משקבענו כי ניתן להחיל את דוקטרינת המתחרה הפוטנציאלי בפועל בדין ההגבלים העסקיים הישראלי, יש להוסיף ולומר כי מן הראוי לעשות כן בזהירות המתבקשת בזכרנו כי מדובר בדוקטרינה המרחיבה את היקף הפיקוח על מיזוגים ואת הפגיעה בזכויות יסוד של הגופים המתמזגים ובזוכרנו עוד את תנאי השוק המקומי ואת העובדה שהכלכלה הישראלית היא בעיקרו של דבר כלכלה קטנה המתאפיינת בריכוזיות. משטר פיקוח הדוק מדי על מיזוגים בכלכלה מסוג זה, עלול להחמיץ את תכליתו ולגרום לאובדן היתרונות הטמונים לא אחת במיזוג חברות בהיבט של יעילות (ראו MICHAL S. GAL, COMPETITION POLICY FOR SMALL MARKET ECONOMIES 195 (Harvard Univ. Press 2003)).

28. הואיל ואין לשלול מינה וביה את הסתמכות הממונה על דוקטרינת המתחרה הפוטנציאלי בפועל, נבחן עתה האם כטענת הממונה אכן מתקיימים במקרה דנן תנאי הדוקטרינה ומצדיקים את פסילת המיזוג, או שמא כעמדת בית הדין לא הוכחה התקיימותם ועל כן יש לאשרו (לעובדה שבית הדין קבע תנאים אף שהגיע למסקנה כי לא מתקיים במקרה דנן חשש סביר לפגיעה בתחרות ולקושי שמעוררת קביעה זו, נתייחס בהמשך הדברים). אך טרם שנבחן את התקיימות תנאי הדוקטרינה במקרה דנן יש להקדים ולומר כי התנאי המדובר במאפיינים, ביכולות ובתמריץ הכלכלי של החברה

להיכנס לשוק הרלוונטי ללא המיזוג, הוא תנאי שיש לבחון על פי ראיות אובייקטיביות וניתוח כלכלי לגבי התנהלות החברה הרלוונטית בתנאי השוק. על כן, אין הכרח להציג בהקשר זה עדויות של בכירי החברה או מסמכים פנימיים שלה מהם עולה כי בכוונתה להיכנס כמתחרה עצמאית לשוק אם לא יאושר המיזוג. יחד עם זאת, ככל שראיות סובייקטיביות כאלה אכן קיימות יש בהן כדי לסייע לבית המשפט כבואו להכריע בסוגיה זו (ראו: Bush & Massa, *Rethinking the Potential Competition Doctrine*, Wis. *FTC v. Atlantic Richfield Co.*, 549 F.2d 289, 297-298 (4th Cir. 1977); L. Rev. at 1069 (2004)). עוד יש להקדים ולומר כי ההיתכנות שיש להוכיח לעניין כניסתה העצמאית של הפירמה לשוק צריך שתהא ברמה סבירה ("Reasonable Probability", ראו והשוו *United States v. Siemens Corp.*, 621 F.2d 499, 506-507 (2d Cir. 1980)) ולדעתי אין להציב בעניין זה רף בלתי עביר בהתחשב בכך שמדובר בהערכה של התפתחויות עתידיות. פרק הזמן שבו על פי ההערכה יוכל המתחרה הפוטנציאלי להיכנס לשוק מהווה אף הוא נתון מהותי, הנגזר במידה רבה מן השוק שבו מדובר (ראו והשוו: אורית פרקש-הכהן "שיקולי חדשנות טכנולוגית בבחינת מיזוגים לפי דיני ההגבלים העסקיים - מקרה בזק-די.בי.אס" תאגידים ה/3, 135, 165 (2008) (להלן: פרקש-הכהן)). כך למשל קבע בית המשפט הפדרלי לערעורים של המחוז החמישי כי לו הוכחה בפניו באותו עניין אפשרות הכניסה של החברה המבקשת להתמזג בפרק זמן של שנתיים-שלוש לשוק, היה מוכן לראות בה מתחרה פוטנציאלי בפועל (*Mercantile*) (ראו *Tex. Corp. v. Bd. of Governors*, 638 F.2d 1255, 1271-1272 (5th Cir. 1981)). במקרה אחר ציין בית משפט הפדרלי לערעורים של המחוז הרביעי כי בין היתר בשל כניסה פוטנציאלית לשוק בטווח הזמן של 10-19 שנים אין בכוחה להפוך חברה למתחרה פוטנציאלית (*FTC v. Atlantic Richfield Co.*, 549 F.2d 289, 295 (4th Cir.) 1977).

לבסוף אקדים ואומר כי נוטה אני לדעה שהממונה המבקש להתנגד למיזוג בשל חשש סביר לפגיעה בתחרות, עליו הנטל להראות כי חשש כזה אכן מתקיים (ראו: מיכל הלפרין "פרשת דור אלון - סונול - כיצד צריכה להיראות ההתדיינות בבית הדין להגבלים עסקיים" תאגידים ה/2, 60, 75-82 (2008); שלומי פריזט "פס"ד דור-אלון: תוצאה ראויה - רציונל מסוכן" האדק (11.12.2006)). דומני כי גישה זו יפה ואולי ביתר שאת מקום שהממונה מבקש ליישם את דוקטרינת המתחרה הפוטנציאלי בפועל הנוגעת להערכות בדבר פגיעה עתידית בתחרות. ודוק - בעניין דור-אלון נטה בית המשפט לגישה לפיה מוטל נטל ההוכחה על מבקש המיזוג להראות בהערכות מטעמו כי נוכח מצב השוק בעתיד המיזוג יועיל לתחרות וזהו נטל להוכחת הערכות פוזיטיביות התומכות בעמדת מבקש המיזוג. לעומת זאת בענייננו טוענת הממונה כי פסילת המיזוג תועיל לתחרות בעתיד ודומני כי הנטל להוכיח טענה זו מוטל עליה. כך או כך, המקרה

דנן כקודמיו אינו מצריך קביעת מסמרות בסוגיה זו של נטל ההוכחה, אשר כבר נפסק לא אחת כי "פנים בה לכאן ולכאן" (עניין תנובה, 231; עניין דור-אלון, פסקה 27), משום שבניגוד לקביעת בית הדין וכפי שיפורט להלן, הוצגו לדעתי על ידי הממונה ראיות מספיקות המבססות חשש סביר לפגיעה בתחרות, כטענתה.

האם ניתן לראות בבזק מתחרה פוטנציאלית בפועל בשוק הטלוויזיה הרב ערוצית?

29. שוק התשתית ושוק התוכן בטלוויזיה הרב ערוצית בישראל הינם כאמור שווקים דואופוליסטים ולמעשה מתחרות בו כיום יס והוט תוך אינטגרציה שמקיימת כל אחת מהן בין שני שווקים אלה. במצב דברים זה מאופיינים אותם השווקים בחסמי כניסה תמירים ועמדה על כך ועדת גרונאו בציינה:

מגזר הטלוויזיה הרב ערוצית נשלט על-ידי דואופול. שליטה זו מתבטאת הן במחירי שירות גבוהים בהשוואה לנהוג בעולם, והן בחסמי כניסה העומדים בפני ספקי תוכן עצמאיים [...]. כתוצאה הופך הדואופול בתחום התשתיות לדואופול בתחום הטלוויזיה הרב ערוצית. בעל התשתיות קובע לא רק את תוכנם של הערוצים המופקים על ידו, אלא שהוא יכול גם להשפיע על התוכן של מפיקים עצמאיים תוך פגיעה במרחב הבחירה של הצרכן (ועדת גרונאו, עמ' 103, 76).

מבחינת שוק התשתית, בזק היא כיום החברה היחידה במשק הישראלי שיש ביכולתה להקים בטווח הנראה לעין תשתית נוספת (על תשתית הכבלים ותשתית הלוויין) בטכנולוגיית ה-IPTV (Internet Protocol Television), תוך שימוש ברשת הטלפוניה הנייחת שברשותה המקנה לה בשל היקף התפרשותה גישה לרוב רובם של משקי הבית בישראל. תשתית כזו מצריכה סלילת כבלי נחושת ו/או סיבים אופטיים לכל אחד ממשקי הבית והיא מהווה על כן חסם כניסה תמיר לשוק התשתית בתחום התקשורת. חסם זה אינו עומד בדרכה של בזק. כמו כן, יש ברשות בזק רשת ציבורית של סיבים אופטיים הארוכה ביותר בישראל ובעלת קיבולת העברת הנתונים הגדולה ביותר בישראל וכן יש לה בסיס לקוחות המונה כבר עתה קרוב למיליון לקוחות ומהווה למעלה משני שלישי מהמנויים לשירותי תשתית הגישה רחבת הפס (Broadband), המשמשת בעולם להעברת שידורי IPTV. הנה כי כן, בידי בזק נתוני פתיחה ייחודיים המאפשרים לה לקדם יישום של טכנולוגיית ה-IPTV. בית הדין הגיע אף הוא למסקנה דומה באומרו 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".

המומחה מטעם בית המשפט, המהנדס דניאל רוזן (להלן: ד"ר), ציין בהקשר זה בחוות הדעת מיום 27.5.2008 כי בזק יכולה להיכנס לשוק התשתית כבר היום ולספק שירותי IPTV באיכות Standard Definition (ולא High Definition) במקביל לגישה מהירה לאינטרנט בקצב של 1.5 עד 2 מס"ש, אם כי אספקת שירותים באיכות זו תצריך התמודדות עם מגבלות רוחב הסרט ברשת הגישה ועם העובדה שהרשת צריכה לספק שירותים נוספים שיכבידו עליה. המומחה הוסיף וציין כי אם ברצונה של בזק לספק שירותי IPTV המבוססים על Multicast בקנה מידה מהותי בשילוב עם גישה מהירה לאינטרנט בקצב של חמישה עד שמונה מס"ש, תידרש בזק להשקעה מסוימת בשרוג התשתית (לרבות שדרוג של הרשת, הקמת רשתות גישה, מצרף וליבה מתאימות וכן הקמת מוקדים לאספקת השירות) ובניגוד לטענת בזק ציין רוזן כי לא נדרש לצורך כך שדרוג מלא של רשת בזק לרשת NGN. מכל מקום, כך ציין רוזן בחוות דעתו מיום 23.7.2008, בהודעה שמסרה בזק לרשות לניירות ערך ביום 29.6.2008 ובהודעה שמסרה לעיתונות מיום 20.6.2008 נאמר כי דירקטוריון החברה החליט להתקדם בביצוע פרויקט NGN, ושמכך נראה כי בזק קיבלה החלטה אסטרטגית "לפעול בנתיב של שינוי מהותי ברשת הגישה, שיביא לשיפור מהותי בביצועיה, ולא לפעול בנתיב של שדרוגים ושיפורים בצעדים קטנים", בציינו כי ניתן יהיה לעשות ברשת זו שימוש לצורך אספקת שירותי IPTV. רוזן אינו נוקב במועד משוער שבו תוכל בזק לספק שירותי IPTV במסגרת מודל זה, אך עולה מהאמור בחוות הדעת כי מדובר לכל היותר בשנים ספורות. הערכה זו מוצאת חיזוק בכך שעל פי התנאים שקבע בית הדין בפסק דינו על בזק להקים תשתית שתאפשר מתן שירותי IPTV בתוך שלוש שנים ל-80% ממשקי הבית בישראל, ובזק הודיעה ביום 3.5.2009 כי התנאים שקבע בית הדין ובהם התנאי האמור מקובלים עליה. מכאן עולה כי מבחינה טכנולוגית יש בידי בזק להקים את התשתית הנדרשת ולספק שירותי IPTV בהיקף המכסה את רוב משקי הבית בישראל בתוך שלוש שנים. עוד עולה מממצאי בית הדין כי בתוך טווח הזמן הזה אין בנמצא טכנולוגיה אחרת שיש בה כדי להוות חלופה אמיתית לטכנולוגיית ה-IPTV. במאמר מוסגר אציין כי ספק רב בעיני אם היה לכתחילה מקום להגדיר שתיים מתוך שלוש הטכנולוגיות הנוספות אותן בחן בית הדין בהקשר זה (DTT וטלוויזיית האינטרנט) בשוקים נשוא המיזוג (טלוויזיה רב ערוצית בתשלום).

הנה כי כן, לבזק היכולת הטכנולוגית לספק שירותי IPTV בתוך שלוש שנים ואין בשוק הישראלי גורם אחר היכול לספק שירותים אלה או שירותי תשתית מתחרים אחרים לכבלים וללוויין בטווח הזמן האמור. משכך יש להוסיף ולבחון מן ההיבט של כדאיות כלכלית ומהיבטים אחרים את ההיתכנות לכך שבזק אכן תהווה מתחרה פוטנציאלית בשוקים הרלוונטיים ללא המיזוג. כמו כן יש לבחון האם כניסתה של בזק

לשווקים אלה צפויה להקטין באופן משמעותי את הריכוזיות בהם או להוביל ליתרונות פרו-תחרותיים משמעותיים אחרים על פני המיזוג.

30. בית הדין ציין בפסק דינו כי לולא החזקותיה של בזק ביס, אין ספק שלא היה מאשר את המיזוג "אף אם היה מדובר בהגעה לשיעור אחזקה הנמוך באופן משמעותי מ-58% ... קל וחומר במצב של רכישת שליטה". עוד ציין בית הדין כי במצב בו בזק הייתה מבקשת לרכוש את מניות יס לראשונה, הרי שקיומה של קונה חלופית שאינה בעלת תשתית נוספת, כגון יורוקום שהצהירה על רצונה זה במסגרת בקשת ההצטרפות להליך שהגישה ביום 11.8.2008, היה הופך את ההחלטה שלא לאשר את המיזוג לפשוטה יותר בשל ההשפעות הפרו-תחרותיות הברורות של השתלטות קונה שאינו בעל תשתית נוספת ואינו בעל פוטנציאל להקים תשתית כאמור על יס. עם זאת, כך ציין בית הדין, אין זה המצב שבפניו הוא ניצב כבואו לדון במיזוג דנן. זאת משום שאין מדובר כלשונו במצב "אידיאלי" אשר בו מבקשת בזק לרכוש לראשונה מניות ביס, כי אם במצב שבו יש לבזק כבר עתה אינטרסים כבדי משקל ביס. לדברי בית הדין "הקושי התחרותי כבר נטוע במצב הקיים. גם אם המיזוג מגדיל את הבעיה, אין הוא יוצר אותה". לפיכך, ואף שקיבל את עמדתה העקרונית של הממונה כי "מצב של שליטה כאמור בשוק מעין זה גרוע יותר מן הבחינה התחרותית", סבר בית הדין כי מפת התחרות שמתארת הממונה ללא המיזוג אינה מציאותית.

אכן, העובדה שבזק מחזיקה כיום 49.78% מן המניות ביס יוצרת מצב דברים ייחודי השונה ממצב דברים רגיל אליו מתייחסת דוקטרינת המתחרה הפוטנציאלי בפועל. זאת משום שאף שבזק איננה גורם מתחרה כיום בשוק התשתית או בשוק התוכן של הטלוויזיה הרב ערוצית, היקף החזקותיה הנוכחי ביס בהחלט מציב אותה כבר עתה כבעלת אינטרס בשווקים אלה. אולם, עובדה זו אין בה בעיניי כדי לשלול על הסף את האפשרות לראות בבזק מתחרה פוטנציאלית בשווקים שבהם עסקינן ולהצדיק את אישור המיזוג. הגישה לפיה מקום שהתחרות בשוק מסוים פגומה ולקויה ממילא אין להתנגד למיזוג, נדחתה על-ידי בית משפט זה בעניין תנובה בקובעו:

בית־הדין קבע, כי לא נתקיימה במקרה דנן פגיעה משמעותית בתחרות, בין היתר בשל 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 לקבל. משמעותה המעשית היא, כי גוף השולט

בענף מסוים, או מהווה מרכיב דומיננטי בו, "חסיך" 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 (עניין תנובה, 239-240. ההדגשה במקור).

הרציונאל שביסוד דברים אלה יפה גם לענייננו. עם זאת, העובדה שבזק מחזיקה כיום ב-49.78% מן המניות ביס היא בהחלט נתון בעל משמעות לצורך ניתוח הכדאיות הכלכלית של בזק להיכנס לשווקים בהם עסקינן כמתחרה עצמאית ללא המיזוג, ועל כך נעמוד להלן.

31. קביעתו של בית הדין כי מפת התחרות שציירה הממונה ללא המיזוג איננה מציאותית מבוססת על שני אדנים מרכזיים: האחד נוגע לאיסורים חוקיים ורגולטיביים החלים על בזק בשוק התוכן כמי שמחזיקה מניות ביס ולעמדה כי אין לבזק אינטרס כלכלי להקים תשתית IPTV ללא אפשרות להפוך למשדרת. השני נוגע לכדאיות הכלכלית מבחינת בזק להקים זרוע שידורים עצמאית או תשתית נפרדת כמי שמחזיקה מניות ביס. בהקשר זה מציין בית הדין, בין היתר, כי בזק תזדקק למסה קריטית של מנויים כדי להצדיק תחרות ישירה ביס, עניין מוקשה בשוק הישראלי הרווי ועוד הוא מציין כי לא הוצגו על-ידי הממונה תחשיבים כלכליים שיש בהם להצביע כי למרות החזקותיה ביס כיום, כדאי לבזק להתחרות בה, גם אם מביאים בחשבון את התמריצים שיש לבזק בהינתן פעילותה בשווקים נוספים (שוק הטלפוניה והאינטרנט).

בית הדין ייחס משקל רב לקיומן של מגבלות סטטוטוריות ורגולטיביות החלות על בזק בשוק התוכן נוכח החזקותיה בפלטפורמת השידורים של יס וציין כי ההסתברות שהמגבלות הסטטוטוריות ישתנו נמוכה והאפשרות להתגבר על המגבלות הרגולטיביות אינה ברורה. בעניין זה דעתי כדעת בית הדין. אכן, סעיף 6(א)4(2) לחוק התקשורת (בזק ושידורים) קובע איסור ליתן רישיון כללי לשידורים למי שהינו בעל אמצעי שליטה בבעל רישיון אחר לשידורים:

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

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.

בעל אמצעי שליטה מוגדר בסעיף ההגדרות לחוק התקשורת (בזק ושידורים):

“אמצעי שליטה”, בתאגיד - כל אחד מאלה:

- (1) זכות הצבעה 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.

מהגדרה זו עולה כי כבר כיום ועוד טרם המיזוג, בזק הינה “בעלת אמצעי שליטה” ביס, שהינה בעלת רישיון לשידורי לוויין מתוקף פרק ב'2 לחוק התקשורת (בזק ושידורים) ובנסיבות אלה, בזק אכן מנועה מלקבל רישיון לשידורים. הממונה טוענת כי התיקונים הרבים (42 במספר) שהוכנסו בחוק התקשורת (בזק ושידורים) מיום חקיקתו (1982) מלמדים כי לא ניתן לשלול שינוי חקיקה בהקשר זה אף בטווח הקצר אך גישה זו קשה לקבל בייחוד בהעדר אינדיקציה כלשהי על כוונה לבצע שינוי כאמור (ראו והשוו עניין דור אלון, פסקאות 56-63). סעיף 4ח6(א)(5) לחוק התקשורת (בזק ושידורים) קובע כי חברת בת של חברה שהיא בעלת עניין בתאגיד אחר שקיבל רישיון שידורים מנועה אף היא מלקבל רישיון נוסף לשידורים, אך רשאי שר התקשורת, בהסכמת המועצה לשידורי כבלים ושידורי לוויין ובאישור ועדת הכספים, ליתן רישיון כאמור אם שוכנע שיש בכך כדי להועיל לתחרות ולגיוון היצע השידורים למנויים, וכלשון הסעיף:

... תאגיד אשר בעל עניין בו, הוא גם בעל עניין 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. (ההדגשה הוספה).

לטענת הממונה שגה בית הדין בקובעו כי אין זה סביר שהרגולטור בתחום התקשורת יאפשר לחברת בת של בזק שהיא בעלת המניות הגדולה ביותר בחברה אחרת בעלת רישיון שידורים, להיכנס לתחום התוכן ולשלוט מהותית על שתיים משלוש פלטפורמות תוכן. לגישה מתן רישיון שידורים לחברה בת של בזק אינו כרוך בשינוי חקיקה והוא מסור לסמכותו של שר התקשורת בכפוף לתנאים הקבועים בסעיף. לגישת הממונה אין על כן כל מניעה לקבלת רישיון שידורים כאמור אם ישוכנע שר התקשורת כי מדובר בכניסתו של מתחרה לשוק התוכן אשר תהא פרו-תחרותית ותועיל למגוון השידורים. אכן, מקום שמסורה לשר התקשורת סמכות שבשיקול דעת לסטות מן האיסור הקבוע בחוק ולהעניק רישיון לחברת בת, באישור הגופים המנויים בסעיף, אין לומר כי ההיתכנות שרישיון כזה אכן יינתן אינה קיימת, אלא שלצורך התנאי הקבוע בדוקטרינת המתחרה הפוטנציאלי בפועל לא די בכך ויש להראות כי קיימת היתכנות סבירה שרישיון כזה אכן יינתן לחברת בת של בזק. היתכנות כזו לא הוכחה במקרה דנן.

הנה כי כן, מסקנתו של בית הדין לפיה בשל מגבלות סטטוטוריות ורגולטיביות קיימת היתכנות נמוכה בלבד שבזק בעצמה או באמצעות חברת בת שלה תתחרה בשוק התוכן היא מסקנה מבוססת היטב ואין להתערב בה.

32. אולם, הדגש מבחינת הממונה לעניין החשש התחרותי היה לכתחילה בתחום התשתית. עמד על כך מר רועי רוזנברג, סגן ראש המחלקה הכלכלית ברשות ההגבלים העסקיים בעדותו:

ש. כדי שהיא תוכל תיאורטית לקבל רישיון חברת שידורים, צריך לשנות את החוק, נכון?
 ת. נכון, אבל אני אומר שוב, החשש התחרותי הוא לא בצד התוכן, הוא בצד התשתית להעברת התוכן" (פרוטוקול ישיבת יום 11.5.2008, עמ' 83-84. ההדגשות הוספו).

בתחום הקמת התשתית אין על בזק מגבלות סטטוטוריות או רגולטיביות. משכך, יש לבחון האם, כטענת הממונה, שגה בית הדין בקובעו כי קיימת היתכנות נמוכה בלבד מבחינת הכדאיות הכלכלית שבזק תתחרה בשוק התשתית באמצעות טכנולוגיית ה-IPTV.

הממונה בטיעוניה עומדת על כך שהכדאיות של בזק להתחרות בשוק התשתית נובעת, בין היתר, מן התועלת שתצמח לה מהקמת תשתית IPTV בשווקים נוספים, כגון אינטרנט וטלפוניה, והיא מציינת כי מן הראוי לבחון בהקשר זה תמונה רחבה הכוללת את מגוון השווקים בהם מתחרה בזק בקבוצות תקשורת אחרות. לטענת הממונה, המתחרה המשמעותית ביותר של בזק היא הוט, המציעה ללקוחותיה שירותי אינטרנט, טלפוניה וטלוויזיה רב ערוצית "בחבילה" (Triple Play). אופציה שיווקית זו נובעת מההתפתחויות הטכנולוגיות בתחום התקשורת אשר בעקבותיהן מסתמנת מגמה של "לכידות מוצרים" (convergence), קרי מעבר של מוצרים ושירותים שונים על גבי פלטפורמות התשתית שבעבר יועדו למוצר בודד. מגמה זו מאפשרת אריזה של "חבילות" ללקוח ויתרונות כלכליים לבעלי התשתיות בשל הגישה למקורות הכנסה מגוונים תוך ניצול יתרונות לגודל ולמגוון וכן חיסכון בעלויות. התועלת הצומחת לשוק מן ההיבט התחרותי נעוצה בכך שניתן להגדיל את מספר השחקנים הפועלים בכל ענף ולהוביל לשינוי משקלם היחסי. מגמה זו משפיעה בהכרח על ניתוח השוק בהיבט התחרותי, בין היתר, בשל החשיבות הגדלה והולכת המיוחסת להחלטות עסקיות שמקבלים שחקנים בענף התקשורת ולהשפעתן של החלטות אלה בפריזמה רחבה יותר (ראו בהקשר זה: ההחלטה משנת 2005). בהקשר זה יש לזכור כי בתחום הטלפוניה והאינטרנט בזק היא מונופול מוכרז והממונה סבורה כי התחזקותה של הוט, הנובעת בעיקר מהיכולת להציע ללקוח "חבילות" אטרקטיביות כאמור, באה על חשבונה של בזק באותם שווקים ומשכך נחוצה לה זרוע טלוויזיונית של ממש שתהא בשליטתה. כמו כן עמדה הממונה על תמריצים נוספים שיש לבזק להתחרות בשוק התשתית במקרה דנן (למשל בידול תשתיתה לעומת תשתית הכבלים). אולם, אף שבית הדין קיבל את עמדת הממונה לעניין זה ברמה העקרונית סבר הוא כי "טענה זו לא הוכחה על-ידי חישובים מתאימים או ניתוח כלכלי הולם" ומשכך, הוסיף בית הדין וקבע כי "הממונה לא הרימה את הנטל בנושא זה".

מסקנה זו אינה מקובלת עלי. אכן, הממונה לא הציגה ניתוח כלכלי ברמה של תחשיבים ומספרים באשר לכדאיות הכלכלית מבחינת בזק להיכנס לשוק התשתית ללא המיזוג, בהינתן החזקותיה בייס, ובהחלט ייתכן כי אלמלא היה בידי הממונה להציג במקרה דנן ראיות סובייקטיביות מפורטות המלמדות על כוונותיה של בזק בהקשר זה, לא ניתן היה להסתפק בהצגה כללית של היתרונות והתמריצים הכלכליים שתפיק בזק מתחרות עצמאית בשוק התשתית. אך גם אם נצא מן ההנחה שנטל הראיה מוטל על הממונה (וכאמור לעיל אני נוטה לדעה זו), נראה לי כי הראיות הסובייקטיביות שהציגה הממונה במקרה דנן בנוסף לניתוח הכלכלי שערכה, היה בהן כדי להעביר את הנטל הטקטי אל כתפי בזק להראות כי למרות ראיות אלה אין מבחינתה במקרה דנן

ובהינתן החזקותיה ביס כדאיות כלכלית להתחרות בשוק התשתית באופן עצמאי בטכנולוגיית ה-IPTV. במילים אחרות, מי שאמור היה להציג תחשיבים ומספרים על העדר כדאיות כלכלית במקרה דנן הייתה בזק ואלה לא הוצגו על-ידה.

33. עד כמה מעוניינת בזק להיכנס לשוק התשתית בטכנולוגיית ה-IPTV ניתן ללמוד מנייר העמדה שהציגה בזק לוועדת גרונאו במרץ 2007 בו נכתב על-ידה, בין היתר:

בזק מוכנה להירתם לקידום טובת הצרכן גם בנושא חשוב זה ולהתחייב ולהשקיע את הסכומים הנכבדים הנדרשים להקמת שירותי ה-IPTV, בזק מוכנה להשקיע סכומים משמעותיים בהקמת מערכת IPTV לשינוע תכנים עד לבית הלקוח, לרבות ציוד קצה, ותהיה מוכנה לאפשר לכל ספק תוכן להעביר תכנים על גבי פלטפורמה זו על בסיס חלוקת הכנסות (או כל בסיס עסקי אחר)...

בזק רואה בהשקעה בשדרוג תשתיותיה והרחבת פעילותה בתחום התוכן באמצעות פלטפורמת IPTV פעילות המרחיבה את מגוון האפשרויות העומדות בפני צרכני התוכן והטלוויזיה הרב ערוצית. בהתקיים תנאים נאותים להשקעה, בזק מאמינה כי הוספת פלטפורמת טלוויזיה רב-ערוצית שלישית תסייע בהגדלת רווחת הצרכן הישראלי באופן משמעותי וזאת בין היתר מן הטעמים הבאים:

טכנולוגיית ה-IPTV הינה בעלת יתרון טכנולוגי על פלטפורמת הכבלים והלוויין והיא מאפשרת לגופי תוכן רבים להציע את תכניהם על גבי התשתית זה לצד זה בקלות יחסית ... כניסתם לתרום להגברת התחרות בשוק הטלוויזיה הרב ערוצית ותביא להפחתת מחירי השירותים המוצעים כיום בשוק זה.

בנוסף, סביר שספקי התוכן על גבי רשת ה-IPTV ישיקו מגוון רחב של הצעות מסחריות וחבילות ערוצים במחירים שונים. עוד סביר שהשקת שירותי IPTV ברוח זו תאלץ את המתחרים הקיימים להגיב ולהציע חבילות 'בסיסיות' יותר של שירותי טלוויזיה רב ערוצית ...

(עמדתה הראשונית של חברת בזק בנושא מדיניות וכללי התחרות בתחום התקשורת בישראל, מרץ 2007, עמ' 18-17 (להלן: עמדת בזק בפני ועדת גרונאו)).

אם לא די בכך נסמכה בזק לצורך העמדה שהציגה בפני ועדת גרונאו על גישת

הממונה בהקשר זה וציינה:

רשות ההגבלים העסקיים הכירה אף היא בחשיבות פלטפורמת ה-IPTV לתחרות בשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית בארץ ואך הכירה בעובדה כי בזק הינה הגוף היחיד בישראל שביכולתו לספק שירותים אלו. זהו גם הנימוק על בסיסו התנגדה הרשות לבקשת בזק לאשר מיזוג מוצע עם YES, בציינה כי מיזוג זה עלול לפגוע בהחדרת שירותי IPTV (עמדת בזק בפני ועדת גרונאו, עמ' 17).

הנה כי כן, עמדתה של בזק בפני ועדה ממשלתית לעניין שוק התקשורת הייתה כי בזק תקים ללא המיזוג רשת IPTV אשר תתחרה בשחקניות הקיימות בשוק ובכך תתרום לירידת מחירים, לשיפור המגוון והאיכות ושילובם של שחקנים נוספים בשוק הטלוויזיה הרב ערוצית. התנאים שמעלה בזק לעניין זה בנייר העמדה נוגעים בעיקרם לאופק הרגולטורי, אך בניגוד לעמדת בזק בפנינו, לא נזכר בנייר העמדה אישורו של המיזוג כתנאי להקמת רשת ה-IPTV והפעלתה על-ידה. אדרבא, מהתייחסותה שם אל עמדת הממונה ומהסתמכותה על עמדה זו עולה היפוכו של דבר. בית הדין לא ראה לייחס משקל כלשהו לעמדה ברורה זו שהציגה בזק בפני ועדת גרונאו והסתפק בקביעה כי "בזק האדירה שם [בפני ועדת גרונאו] את חשיבות נושא השלכת תשתית ה-IPTV להגברת התחרות בתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית". דומני כי בכך שגה בית הדין וכי נוכח התאימות הקיימת בין ההערכות שהציגה הממונה לגבי מפת התחרות ללא מיזוג ובין העמדה שהציגה בזק בעניין זה בפני ועדת גרונאו, מן הראוי היה לייחס לדברים משקל רב מזה שייחס להם בית הדין. כמו כן, וכפי שכבר צוין, בזק נמצאת כבר עתה בעיצומו של תהליך השדרוג היקר לרשת NGN ללא שהובטח לה האופק הרגולטורי אותו ביקשה לקבל בנייר העמדה שהציגה בפני ועדת גרונאו. בנסיבות אלה אינני סבורה כי בזק יכולה להיתלות בתנאים שהציגה בפני הוועדה (שכאמור אינם כוללים את אישור המיזוג), לביסוס הטענה כי לא תבצע מהלך נוסף שישימש את רשת ה-NGN גם כתשתית לאספקת שירותי IPTV.

34. ראיות סובייקטיביות נוספות שהוצגו המלמדות כי קיימת היתכנות סבירה לכך שבזק תתחרה בשוק התשתית במתן שירותי IPTV ללא המיזוג, הן שתי המצגות של חברת הייעוץ TASC (להלן: חברת הייעוץ) המסכמות עבודה כלכלית שהוכנה על-ידה עבור בזק ללא קשר לניהול ההליך בבית הדין. המצגות נושאות את התאריך מאי 2006 (כשנה לפני הגשת נייר העמדה לוועדת גרונאו וכשלושה חודשים לפני פנייתה לממונה בבקשה לאישור המיזוג). כותרתה של המצגת הראשונה היא "Bezeq's IPTV Strategy" (להלן: המצגת הראשונה) ואילו המצגת השנייה נושאת את הכותרת "Bezeq and Yes: Future Ownership Alternatives" (להלן: המצגת השנייה). המצגת הראשונה מנתחת

את חלקה של הטלוויזיה הרב ערוצית בתשלום בישראל למול שווקים נוספים בענף התקשורת והיא עומדת על כך שבשוק מסתמנת מגמה הפונה לכיוונה של הוט. עוד נאמר שם כי קיים צורך דחוף למצוא מענה ליכולותיה של הוט בהיבט שירות ה-VOD, "חבילות השירותים" (Triple Play) ובהיבט התוכן. כן מצוין במצגת כי חברות תקשורת נייחת ותיקות רבות ברחבי העולם החלו להיכנס לשוק הטלוויזיה הרב ערוצית באמצעות טכנולוגיית ה-IPTV, בעיקר במטרה להגן על נתח השוק שלהן בתחום הטלפוניה והאינטרנט. המצגת מפרטת את הצורך של בזק בהקמת זרוע טלוויזיה וכן את האפשרויות העסקיות של בזק ביחס ליס. המצגת סוקרת שלוש אפשרויות ביחס ליס - אפשרות של מכירת ההחזקות ביס; אפשרות של עלייה לשליטה ביס; ואפשרות של שימור המצב הנוכחי בטווח הקרוב ונקיטת פעולה בטווח של מספר שנים. בכל אחד מן המודלים מוצע כי בזק תקים תשתית IPTV ותיכנס לתחום התוכן - או באמצעות רכישת שליטה מלאה ביס או באמצעות כניסה עצמאית לשוק, בהתאם לאסטרטגיה שבזק תבקש לנקוט בה ביחס ליס. באשר לאפשרות האחרונה, קרי שימור ההחזקות הנוכחיות של בזק ביס (המצב הרלוונטי לעניינו נוכח ההסכמה הדיונית שהושגה בין הצדדים למקרה שבו לא יאושר המיזוג), הוצגה אופציה אחת והיא הקמת תשתית IPTV וכניסה עצמאית לשוק התוכן עם או בלי יס (Create retail TV operation (with or without)). המסקנה המפורטת במצגת הראשונה היא כי "קשר מסחרי ופיזי" בין טלוויזיה רב ערוצית ובין שירותי פס רחב יכולה לשפר ולחזק את נתח השוק הכללי של בזק בתחומי פעילותה וליתן מענה לנגיסה של חברות התקשורת האחרות בנתחי השוק של בזק בטלפוניה ובאינטרנט, אם כי במצגת השניה צוין שפעולתה של בזק ביחס להחזקותיה ביס לא תהיה בעלת השפעה על שוק הטלפוניה או האינטרנט: "Under any of the options we don't foresee a major impact to the telephony or broadband market share" (עמ' 28 למצגת השניה). מסמכים אלה שהוכנו עבור בזק מנקודת מבט אסטרטגית-כלכלית ושלא לצורך ניהול ההליך המשפטי, יש בהם כדי ללמד כי לגישתה של חברת הייעוץ האופציה הכלכלית ההגיונית עבור בזק, ככל שהמיזוג לא יאושר, היא כניסה עצמאית לתחום הטלוויזיה הרב ערוצית - הן כבעלת תשתית IPTV והן כמשרדת.

בית הדין לא ייחס משקל ראייתי כלשהו למצגות אלה וציין: "לא השתכנענו כי במצגות של שחורי [מנכ"ל חברת הייעוץ] יש אמנם ביטוי להחלטה של בזק לעשות כנטען, מאחר שלא הופנינו להחלטה שהתקבלה בדירקטוריון בזק בעקבות המצגת" ועוד הוא מוסיף "לא הובהר כי מבחינת בזק שחורי היה הגורם שמיצה את בדיקת הכדאיות הכלכלית, ובעקבות בדיקתו התקבלה החלטה חיובית בדירקטוריון". כפי שצינתי לעיל, דרישה זו שהציב בית הדין למציאתו של "אקדח מעשן" במסמכי החברות המבקשות להתמזג איננה סבירה ואיננה נדרשת. אין צורך ואין חובה להראות

כי נתקבלה החלטה בדירקטוריון החברה המבקשת להתמזג לבצע מהלך תחרותי עצמאי אשר בשלב ההודעה על המיזוג בוודאי איננו האופציה המועדפת עליה. ייתכנו מקרים בהם ראיות סובייקטיביות לא יהיו כלל בנמצא ועדיין ניתן יהיה להראות בראיות אובייקטיביות היתכנות סבירה לקיומו של מתחרה פוטנציאלי בפועל ללא המיזוג. במקרה דנן יש במצגות שהובאו בפני בית הדין, בייחוד בהתחשב בעמדה שהציגה בזק באותו עניין כשנה לאחר מכן בפני ועדת גרונאו, כדי להצביע על כך שבזק קיימה בדיקה כלכלית רצינית ובחנה, בין היתר, אפשרות של כניסה כמתחרה לשוק התשתית וככל הניתן גם לשוק התוכן ובהמשך אף אימצה עמדה המקדמת מהלך כזה אותה ראתה לנכון להציג בפני הועדה הממשלתית שטיפלה בנושא (לקיומה של בחינה רצינית באשר לאפשרויות הכניסה לשוק על-ידי המתחרה הפוטנציאלי בפועל כראיה לאפשרות להחיל את הדוקטרינה במקרה קונקרטי ראו Areeda & Turner, Antitrust Law at §1121b). כל אלה וכן פעילותה של בזק לקידום ההקמה של רשת NGN, יש בהם בעיניי כדי להצביע על היתכנות סבירה כי ללא המיזוג בזק היא מתחרה פוטנציאלית בפועל בשוק התשתית להספקת שירותי IPTV, גם בהינתן החזקותיה הנוכחיות ביס. משלא סתרה בזק בראיות מטעמה את דבר קיומה של היתכנות זו (וטענה כללית שהעלתה בעניין היות השוק רווי אין די בה לעניין זה), היה על בית הדין לקבוע כי היתכנות כזו אכן קיימת.

35. תנאי הנוסף שמציבה דוקטרינת התחרות הפוטנציאלית בפועל הוא התנאי לפיו כניסה חלופית לשוק שלא על דרך של מיזוג, יש לה יתרונות תחרותיים על פני המיזוג. בעניינו, הצביעה הממונה על כך שכניסה עצמאית של בזק לשוק התשתית נושאת יתרונות תחרותיים בולטים: (א) היא צפויה להגדיל את מספר השחקנים הרלוונטיים משניים לשלושה בעתיד הקרוב ובכך יש משום בשורה של ממש בהיבט של הקטנת הריכוזיות בשוק זה, בהינתן העובדה כי כניסתה של טכנולוגיה אחרת שאיננה IPTV לשוק התשתית בנוסף לכבלים וללוויין אינה סבירה בטווח הקרוב; (ב) ככלל, תחרות בין תשתיות עדיפה על פני תחרות על גבי תשתיות (אף שוועדת גרונאו ציינה כי מודל זה מגביל באופן טבעי את מספר השחקנים הרלוונטי למספר בעלי התשתיות וכי בשוק רווי המתאפיין במיעוט מתחרים לא ברור שזהו מודל התחרות האפקטיבי ולגישה הפתרון הרצוי בשווקים כאלה הוא פיתוח שוק סיטונאי שבמסגרתו יוכלו ספקים לחכור או לפעול על גבי תשתיות של אחרים (ראו: דו"ח וועדת גרונאו, עמ' 5-6, 77; עדותו של רוזן מיום 18.6.2008, עמ' 58); (ג) תשתית עצמאית נוספת בטכנולוגיה חדשה יש בה כדי לתרום לשיפור איכות השידור (התלויה בקיבולת של התשתית ובטכנולוגיה בה היא עושה שימוש), מגוון השידורים (התלוי בקיבולת התשתית ובמספר הערוצים אותם היא יכולה לשאת) והמתאם בין ביקוש הצרכנים ובין ההיצע (שידור אחיד, חבילות

ערוצים, שידור ערוץ VOD, צריכת ערוצים בודדים ועוד); (ד) לכניסתה העצמאית של בזק לשוק התשתית בלבד באמצעות טכנולוגיית ה-IPTV יתרונות גם בשוק התוכן: ככל שבזק תקים רשת IPTV ולא תוכל לשדר על גביה בעצמה בשל מגבלות סטטוטוריות ורגולטוריות עליהן עמדנו לעיל, קיים פוטנציאל להגדלה נוספת של מספר המשדרים אשר יוכלו לשדר במקביל נוכח היכולות הטכנולוגיות של רשת ה-IPTV ובכך יש להנמיך את חסמי הכניסה לשוק התוכן; (ה) כניסה עצמאית של בזק לתחום התשתית כמתחרה שלישית ועצמאית עשויה להביא לירידת כוח השוק ברכש תכנים של הוט ויס ממפיקי התוכן והערוצים.

לעומת זאת, אם יאושר המיזוג תהפוך בזק לבעלת השליטה ביס כמי שתחזיק בה אז 58.36% מן המניות וכן בזכות למנות את רוב חברי הדירקטוריון לעומת זכותה כיום כבעלת 49.78% למנות חמישה בלבד מתוך 11 חברי הדירקטוריון. חציית קו 50% ההחזקות של בזק ביס יש לה משמעות מרחיקת לכת מבחינת יכולתה לנווט את התוכנית העסקית של יס ולעשות בה שימוש ככלי לקידום האינטרסים שלה, לעומת מצב הדברים היום שבו חופשייה יס להתנהל על פי האינטרסים הכלכליים שלה, להבדיל מאלו של בזק.

סעיף 278 לחוק החברות, תשנ"ט-1999 קובע לעניין זה כי:

(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.
 (ג) היה לרוב הדירקטורים בדירקטוריון החברה ענין אישי באישור עסקה כאמור בסעיף קטן (א), טעונה העסקה גם אישור האסיפה הכללית.

לפיכך במצב דהיום לא יוכלו הדירקטורים מטעם בזק להשתתף בהצבעה הנוגעת לעסקה בין יס לבזק. אולם, עליה לשליטה של מעל 50% ביס ומינוי מרבית הדירקטורים על-ידי בזק - עם מימוש האופציות וביצוע המיזוג - תוביל לביטול חובת ההימנעות על פי סעיף 278(ב) הנ"ל. לא למותר להזכיר בהקשר זה כי לאחר חציית קו החזקות של 50% תוכל בזק לעלות, ככל הנראה ללא נקודת ביקורת נוספת של הממונה

(על פי ההנחיות הנוהגות אצלה), עד לשיעור החזקות של 100% ביס. אחד התרחישים האפשריים במצב דברים זה הוא כי בזק תחתור להעמיד לרשותה של יס את תשתית ה-IPTV במקום תשתית הלוויין. מבחינת השוק הרלוונטי אין בכך כדי לשנות את מספר השחקנים בשוק - השוק במצב כזה היה ויישאר דואופול, אך במקום תשתית הלוויין תפעל יס כמותג התוכן על גבי תשתית ה-IPTV ומצב דברים זה עלול להוביל לניווה של תשתית הלוויין (ראו לעניין זה פרקש-הכהן, 164-165). גם אם תאמר כי החלפת תשתית אחת (הלוויין) בתשתית מתקדמת יותר (IPTV) יש בה יתרונות מבחינת איכות השידורים ורמת השירות ללקוח (יתרון מובהק הוא האפשרות להוסיף שירות VOD על גבי תשתית זו), התסריט המתואר לעיל ייקבע את מבנהו הדואופולי הנוכחי של השוק לעומת היתרונות התחרותיים עליהם הצבענו לעיל שירוויח השוק ללא המיזוג עם כניסתה של בזק כמתחרה נוספת בטכנולוגיית IPTV.

תרחיש אפשרי נוסף אם יאושר המיזוג שיש לו השלכות בהיבט האנכי (אל מול היתרונות התחרותיים עליהם עמדנו אם לא יאושר המיזוג), עניינו בחסימת ספקי תוכן המתחרים ביס (Foreclosure) שיבקשו "לרכוב" על גבי תשתית ה-IPTV של בזק. זאת גם אם בזק תפתח תשתית זו לצדדים שלישיים (Open Access) לאחר אישור המיזוג והקמת התשתית. הכוונה לחסימה מהותית באמצעות פגיעה באיכות השידור (השוו *In the Matters of Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge Against Comcast Corporation for Secretly Degrading Peer to Peer Price* (2008) 23 F.C.C. Rcd 13028) או באמצעות עלות השירות (Squeeze), על מנת לשמר את מבנה השוק הדואופולי בטלוויזיה הרב ערוצית אל מול הצרכן הסופי ועל מנת לשמר את כוח השוק של יס הנשלטת על-ידי בזק בעקבות המיזוג, אל מול מפיקי התוכן ומפיקי הערוצים העצמאיים. אומנם התמריץ לחסימת השוק מצוי אצל בזק גם כיום בהינתן היקף החזקותיה ביס, אך חשש זה מתעצם למול המיזוג המוצע המקנה לה שליטה ביס ומגביר את יכולתה ואת האינטרס שלה לבצע מהלך כזה.

סיכומם של דברים: שני התנאים המרכזיים לביסוס דוקטרינת המתחרה הפוטנציאלי מתקיימים במקרה דנן - קיימת היתכנות סבירה לכך שבזק כמתחרה פוטנציאלית תיכנס לשוק התשתית של הטלוויזיה הרב ערוצית ותספק שירותי IPTV והוכח כי יש לה יכולת טכנולוגית ותמריץ כלכלי לעשות כן בטווח הקרוב. כמו כן, נראה כי כניסתה של בזק לשוק התשתית של הטלוויזיה הרב ערוצית כאמור יש לה יתרונות לא מבוטלים על פני מצב הדברים שייווצר בשוק זה אם יאושר המיזוג.

נותר לבחון האם ניתן להגיע לתוצאה דומה בדרך של אישור המיזוג בתנאים. כזכור קבע בית הדין תנאים למיזוג במקרה דנן אף שסבר כי לא הוכח חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. הממונה וכמוה גם יורוקום הצביעו בערעוריהן ובצדק על הקושי שמעורר פסק הדין בהקשר זה ועל כך אעמוד להלן.

סמכותו של בית הדין להתנות בתנאים מיזוג שאינו מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות

36. בית הדין מצא כאמור שהמיזוג דנן אינו מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, ובלשונו של בית הדין:

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. ... הניתוח הכלכלי שביסוד עמדת הממונה מניח התפתחויות עתידיות, שלמצער לחלק מהן ניתן לייחס 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 בידינו להסכים עם עמדת הממונה, לפיה המיזוג יפגע באופן משמעותי בתחרות. (ההדגשות הוספו, פסקאות 9 ו-11 לפסק הדין).

עם זאת, מצא בית הדין להתנות את אישור המיזוג בתנאים למקרה שבו יתממשו ההערכות העומדות ביסוד עמדת הממונה, אף שמצא כאמור כי הסיכוי להתממשות הערכות אלה הוא נמוך, באומרו:

מקובל עלינו כי הגדלת שיעור האחזקה של בזק ב-YES מחזקת את האינטרסים של בזק ב-YES, ואנו מסכימים שחשוב להבטיח ראשית את הקמת התשתית (IPTV), ואם תוקם את האפשרות שהתשתית תעמוד לרשות גופים אחרים שיתחרו ב-YES. לכן, למקרה שבו אמנם יתממשו כל הערכות [כך במקור] 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 השליטה של בזק ב-YES, מה גם שהעוררת ראתה לנכון להסכים לעצם העמדתם, ואף הסכימה קונקרטיית לחלק מהם.

...

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. (ההדגשות הוספו, פסקאות 11 ו-69 לפסק הדין).

בית הדין ער היה להוראת סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים הקובעת:

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.

אך חרף לשונו של הסעיף סבר בית הדין כי ניתן להתנות את המיזוג בתנאים המניחים "לצורך העמדתם פגיעה משמעותית בתחרות" ועוד סבר כי מקום שבו אין בית הדין שולל לחלוטין את התממשות החששות עליהם הצביעה הממונה, ניתן להציב תנאים לאישור המיזוג שיש בהם כדי לקדם רפורמה המועילה לתחרות, ובתנאי שהם "בעיקרו של דבר מונעים את הפגיעה בתחרות".

בכך לדעתי שגה בית הדין.

סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים מבחין בבירור בין מיזוג שאינו מעלה חשש לפגיעה משמעותית בתחרות, אותו על הממונה לאשר ובין מיזוג המעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או באינטרס הציבור באחד העניינים המנויים בסעיף, ובמקרה כזה רשאית הממונה לפעול באחת משתי דרכים - היא יכולה לאשר את המיזוג תוך התנייתו בתנאים המפגיגים את החשש לפגיעה בתחרות ואם לא ניתן לקבוע תנאים כאמור על הממונה להתנגד למיזוג. סעיף 22(ג) לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי: "בית הדין רשאי לאשר את החלטת הממונה, לבטלה או לשנותה", אך סמכותו של בית הדין לעשות כן כפופה אף היא לאמור בסעיף 21 לחוק ולמסגרת הנורמטיבית הקבועה בו (ראו יגור, 639). במילים אחרות, אין לבית הדין בשבתו בערר על החלטת הממונה שיקול דעת מוחלט להורות כרצונו ואין הוא יכול להתנות בתנאים אישורו של מיזוג אשר על פי קביעתו שלו אינו מעורר חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בענף הרלוונטי. גישה אחרת, משנה את האיזונים הקבועים בחוק ההגבלים העסקיים בין

האינטרסים המתנגשים שבהם נוגע החוק ובהסדר הסטטוטורי הקבוע בסעיף 21 לחוק המבטא אותם, קרי עידוד התחרות והגנה על הצרכן מזה ושמירה על חופש העיסוק וזכות הקניין של חברות המבקשות להתמזג מזה. הסכמתה של בזק להטלת התנאים בנסיבות שנוצרו, אין בה כדי להקנות לבית הדין סמכות מקום שזו לא ניתנה בידו, אך נוכח המסקנה אליה הגענו ולפיה, בניגוד לקביעתו של בית הדין, קיים במקרה דנן חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות על פי דוקטרינת המתחרה הפוטנציאלי בפועל, לא ראיתי צורך להידרש לשאלה מה היה דינם של התנאים שקבע בית הדין אלמלא מסקנה זו (בהינתן העובדה שאין ערעור מטעם בזק על קביעתם).

37. העיקרון הנוהג עימנו לעניין הסעד הוגדר היטב על ידי בית הדין מפי כבוד השופטת מ' שידלובסקי-אור בעניין יהודה פלדוט, באומרו: "יש למצות את האפשרות להתנות את המיזוג בתנאים לפני קבלת המסקנה שאין לאשרו, מכוח עקרון הפגיעה המידתית בזכויות יסוד, במקרה זה חופש העיסוק וחופש הקניין" (עניין יהודה פלדוט, פסקה 70). על כן, יש לבחון האם ניתן להימנע מתוצאה של פסילת המיזוג בדרך של התניית אישורו בתנאים ועוד יש לבחון האם ניתן לאמץ לעניין זה את התנאים שקבע בית הדין. ככלל, קיימת נטייה של רשויות התחרות בעולם להעדיף תנאים מבניים על תנאים התנהגותיים כדי לענות על חשש לפגיעה בתחרות (ראו: UK Merger Remedies: Competition Commission Guidelines, para. 2.14 (Nov. 2008); EU Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and U.S. Department of Justice Antitrust under Commission Regulation (EC) No 447/98 (Division Policy Guide to Merger Remedies at III.A (2004)). אך אין זה כלל כל יעבור (ראו: Katri Paas, *Implications of the Smallness of an Economy for Merger Remedies*, Juridica International XV (2008)). בעניין ד"ר ב"א.ט עמד בית הדין על כך שהמדיניות הרגולטורית והסעדים המקובלים בענף התקשורת מבוססים על Open Access לגישת ספקי תוכן עצמאיים למנויים ולהגבלת היקף הבעלות על ערוצים, ולא על הפרדה מוחלטת בין הולכה לתוכן (ה"ע ד"ר ב"א.ט, פסקה 60). במקרה שלפנינו המטרה העיקרית המושגת במניעת המיזוג היא תוספת של מתחרה בשוק התשתית. זוהי תרומה לתחרות בהיבט האופקי על דרך של דילול הריכוזיות בשוק הדואופולי הקיים וקשה לחשוב על תנאי מבני ששיג מטרה זו במקרה דנן. התנאים ההתנהגותיים שהטיל בית הדין במקרה דנן מעוררים על פניהם קשיים לא מבוטלים ולו בשל הצורך בפיקוח נמשך על פעילותן של החברות המתמזגות ובשל העובדה כי מנגנון הפיקוח שנקבע באותם תנאים הינו מורכב ובלתי יעיל ונשען במידה רבה על קביעות רגולטוריות עתידיות של "הגורמים המוסמכים בחוק התקשורת" האמורים למלאו תוכן, אף שגורמים אלה לא היו מעורבים כלל בהליך דנן וספק אם ניתן להטיל עליהם בדרך זו סמכויות וחובות

לקביעת "תנאי ההסדרה לגוף משדר שידורי טלוויזיה גישה פתוחה (Open Access) לתשתית בזק" ולקביעת "דמי שימוש אחידים וסבירים". הממונה הביעה את עמדתה בפני בית הדין וכן בפנינו כי בנסיבות המקרה דנן לא ניתן לענות על החשש התחרותי בדרך של התניית תנאים התנהגותיים המבקשים להבטיח Open Access בשל הקושי המובנה הקיים להבטחת הסדר כזה מקום שבו גורם אחד (בזק) שולט בשתיים מתוך שלוש התשתיות בשוק (ב-IPTV ובלוויין בעקבות המיזוג ורכישת השליטה ביס). לאחר שבחנתי את התנאים שקבע בית הדין וכן את מכלול הטענות שהעלו הצדדים בהקשר זה, לא שוכנעתי כי ניתן להימנע מפסילת המיזוג במקרה דנן על דרך של קביעת תנאים. משכך אציע לחבריי לקבל את ערעור הממונה, להורות על ביטול פסק דינו של בית הדין ולהשיב על כנה את החלטת הממונה המתנגדת למיזוג. כמו כן אציע לבטל את החיוב בהוצאות שהושת על הממונה בהחלטתו של בית הדין מיום 23.3.2009 בבקשה שהגישה לעיכוב ביצוע פסק הדין. נוכח התוצאה אליה הגעתי מתייתר הערעור שכנגד שהגישה בזק לעניין גובה סכום הערבות הבנקאית שבהפקדתה חויבה כחלק מן התנאים שקבע בית הדין, ואציע לחבריי להורות על דחייתו. לבסוף אציע לחבריי שלא לעשות צו להוצאות בנסיבות העניין.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

מצטרף אני לפסק-דינה הבהיר, המקיף והיסודי של חברתי השופטת א' חיות. גם אני סבור כי משמצא בית-הדין להגבלים עסקיים כי המיזוג בין "בזק" לבין חברת "Yes" אינו פוגע במידה משמעותית בתחרות, לא היה בידו להתנות את המיזוג בתנאים שקבע.

גם אני סבור כי שגה בית-הדין במסקנתו האמורה כי המיזוג אינו פוגע באופן משמעותי בתחרות ומסכים אני כי לצורך בחינת הפגיעה הזו יש להביא בחשבון במקרה זה גם את דוקטרינת המתחרה הפוטנציאלי בשוק.

משמביאים בחשבון את הפגיעה המסתברת בתחרות הפוטנציאלית בשל המיזוג, נוטה הכף, במקרה זה, כנגד אישור המיזוג. נראה כי מאפייניו המיוחדים של המשק הישראלי מחייבים להוסיף משקלות על כף המאזניים – זו המשקפת את נטל הראיה המוטל, לדעתי, על מי שמבקש אישור פעולה החשודה בפגיעה בתחרות.

אכן, מיזוגים מסויימים עשויים לתרום מבחינה כלכלית במשק שממדיו קטנים כדוגמת המשק הישראלי; אך נראה כי דווקא בשל התוצאות הקשות הכרוכות באפשרות המסתברת של פגיעה בתחרותיות במשק שכזה ראוי להגביר את משקלו של מבחן הפגיעה, בפועל או בפוטנציה, בתחרות – כאמת מידה ראויה לאישור או פסילה של מיזוגים. בעניין זה מקובלת עלי עמדתו של המלומד ברק אורבך ("מטרות דיני ההגבלים העסקיים: הלכה למעשה" מתוך – ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים, בעריכת מ' גל ומ' פרלמן, "נבו" 2008, בעמ' 84-85). חוק ההגבלים העסקיים משנת 1988 אימץ מפורשות את עקרון התחרות העסקית כקריטריון מנחה לבחינת מיזוגי חברות (סעיף 21 לחוק). אכן, בצד אמת המידה של פגיעה בתחרות, נוקט החוק גם במבחן הפגיעה בציבור, אלא שפגיעה זו מוגדרת בו כפגיעה ברמת המחירים, איכות המוצרים והיקף הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות – לאמור פגיעה במאפייני תחרות מסויימים. בהקשר של מיזוגי חברות לא אימץ חוק ההגבלים העסקיים אמת-מידה של יעילות כלכלית וספק אם יש לראותה כאמת-מידה מתחרה לעקרון החברות (ראו ב' אורבך, שם בעמ' 106-107).

כפי שפסקה חברתי השופטת א' חיות, די היה בראיות שבאו בפני בית-הדין כדי לקבוע כי המיזוג עשוי, במקרה זה, להסב פגיעה עתידית משמעותית בתחרות בשל כך שיגרע מן השוק מתחרה פוטנציאלי כתוצאה מן המיזוג. כוונת המיזוג כאן חשודה בפוטנציאל הפגיעה שלה בתחרות והנטל המוטל – לדעתי על המערערת – להסרת החשד הסביר הזה לא הורם. מכל מקום, כפי שקובעת חברתי, גם הראיות הפוזיטיביות שבאו במקרה זה, מוכיחות את הפגיעה המסתברת האמורה – יהא אשר יהא מקומו ומשקלו של נטל הראיה. מסכים אני, לפיכך, לפסק-דינה של חברתי השופטת א' חיות לפיו יש להשיב על כנה את החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים.

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה

השופט א' רובינשטיין:

א. לאחר העיון, ולא בלי התלבטות, אצרף קולי לחוות דעתה המקיפה והמלומדת של חברתי השופטת חיות, הן לתוצאה שהגיעה אליה והן לעיקרי הנמקותיה, למעט

נושא אחד שיפורט להלן, ושאינו משנה את התמונה הכוללת. אבקש להוסיף הערות אחדות.

ב. כדרך בעלי דין העושים מלאכתם נאמנה, לא הניחו הצדדים אבן שלא הפכוה, וגוייס לעניין זה בין השאר חופש הביטוי. אפתח ואומר, כי הנושא שלפנינו הוא כלכלי במהותו, מאבק בזק להשיא רווחים, מאבק יורוקום בחינת "גם אני שותף", ומאבק הממונה בנושא קיומה של תחרות. כדי שהציבור ישלם פחות. לא בכדי ציינה חברתי השופטת נאור בהקדמתה לספר ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים, א' (תשס"ח-2008) 15, כי "בתחום דיני ההגבלים העסקיים הניתוח המשפטי שזור בניתוח הכלכלי, שיהיה לנו מורה דרך בבואנו לבדוק את השפעת ההתנהגות העסקית על תחרות בשוק, לאור מבנה השוק ותנאיו". ככל שהמדובר בגופים כלכליים עסקינן במלחמה שאמנם אינה מאופיינת בצחצוח חרבות, בירי פגזים או במשק מטוסי קרב, אבל היא עקובה מכסף, ובמלחמה כמו במלחמה. לא תמיד חביב תפקידו של הרגולטור, והוא מוצג לא אחת כמכביד הכבדת יתר, כמטיל משקלות על אנשי העסקים וכיוצא באלה. ואולם, המחוקק הוא שהטיל עליו - על הממונה בנידון דידן - את מלאכת הילד הפלמי מחזיק האצבע בסכר, את ההגנה על האינטרס הציבורי, אם בתחום התחרות ואם בתחומים נוספים שנמנו בסעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988. כפי שציין חברי המשנה לנשיאה, "מאפייניו המיוחדים של המשק הישראלי מחייבים להוסיף משקלות על כף המאזניים - ...זו המשקפת את נטל הראיה המוטל, לדעתי, על שמבקש אישור פעולה החשודה כפגיעה בתחרות". באמרו "מאפייניו המיוחדים של המשק הישראלי" לא פירט חברי, אך כדברי השופטת נאור (שם, שם), שגם צוטטו על-ידי השופטת חיות, עלינו להידרש ל"תנאי הארץ ותושביה", "בתוך עמי אנכי יושבת" (מלכים ב', ד', י"ג). "תנאי הארץ ותושביה" בנידון דידן משמעם, גם אם לא נידרש לניתוחים מתחום מדעי החברה, מחויבות בית המשפט למבט רחב בנושא האינטרס הציבורי.

ג. התלבטותי באה, שכן בית הדין קמא עשה מלאכתו ביסודיות רבה ונימק בפירוט את הכרעתו, ואין לבטל את מאמץ האיזון שעשה בהאמינו כי קביעת תנאים למיזוג והשתלטות בזק על "יס" תצמצם את הסיכון לתחרות שהממונה נאבקת נגדו, אף שלשיטת בית הדין לא הוכח כדבעי החשש לתחרות. אומר כבר כאן, כי לטעמי - ובכך שונה דעתי במידה מסוימת מדעת חברתי - היה בידי בית הדין לקבוע תנאים למיזוג גם בכגון דא. לדעתי את סעיפים 21 ו-22 לחוק יש לפרש פירוש רחב; קרי, במקום שבית הדין מבקש לצאת ידי חובתו של ספק ולהוסיף "כותפות על חגורה", ועל ידי כך להפיס דעת הממונה הסבורה כי יש חשש לתחרות, ראוי לאפשר לו זאת, בגדרי הדיבור בסעיף

22(ג) "בית הדין רשאי לאשר את החלטת הממונה, לבטלה או לשנותה". נזכור, כי בית הדין קנה לו עם השנים מומחיות היכולה בהחלט להוות מעיין לגיטימי וראוי לשינויים קונסטרוקטיביים בהחלטות לפי הצורך. לדעתי תומך בכך פסק הדין בע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה פ"ד נב (5) 213 (ראו דברי הנשיא ברק בעמ' 228); כזכור גם באותו עניין קבע בית הדין כי במיזוג שהוצע לא נתקיימה פגיעה ממשית בתחרות, ועם זאת הציב תנאים והכרעתו אושרה. בנידון דידן, אמנם, משסברנו כי ישנו חשש לפגיעה בתחרות, אין צורך להרחיב בכך עוד, אך מצאתי לנכון לציין דעתי, וסבורני כי אין בגישה זו כדי לסתור עמדתו של המלומד יצחק (צחי) יגור, דיני ההגבלים העסקיים (מה' 3, 2002), 639, שלפיהם הדעת נותנת כי בית הדין ישקול בהקשר זה את השיקולים הקבועים בסעיף 21 לחוק.

ד. מדוע החלטתי להצטרף לחברתי לגופם של דברים? בשל התחרות, לאמיתה ולטהרתה, שלטעמי אין הכרעת בית הדין פותרת די הצורך את החשש לה.

ה. אכן, בדיני המיזוגים מתרוצצים שיקולים שונים; ראו לאחרונה הידרשותה של פרופ' מיכל (שיצר) גל למבחן המהותי לבחינת אישור המיזוג, במאמרה "לקחו של יוסטיניאנוס: רפורמות נדרשות בחוק ההגבלים העסקיים", המשפט י"ג (תשס"ט), 67, בעמ' 83-87; המחברת תומכת (עמ' 84-85) בפרשנות רחבה לנושא המיזוגים, בדומה לעמדת בית הדין להגבלים עסקיים בראשות השופטת נאור, בערר 2/94 תנובה נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (1996). לפי גישה זו אין התחרות חזות הכל, והממונה ובית הדין רשאים להעמיד אל מולה יתרונות כלכליים של המיזוג. בית משפט זה בע"א 2247/95 הנזכר הותיר נושא זה בצריך עיון (עמ' 231 לפסק הדין). לדעת המחברת (עמ' 86) יש מקום לאמץ פרשנות זו גם בתיקון חקיקתי. הבאתי דברים אלה כדי להצביע על המורכבות שבנידון דידן, וראו גם דברי המלומד ב' אורבך, "מטרות דיני ההגבלים העסקיים - הלכה למעשה" בספר ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים הנזכר, 63, 84-85 שאליהם נדרש חברי, וכן התייחסותו (עמ' 79) לדו"ח הועדה למיזוגים וקונגלומרטים משנת 1975, בראשות פרופ' יוסף גרוס. ואולם, ברי כי דרך המלך של החוק, הראשית והאחרית לפעול, וליבתה של המדיניות בנושאים אלה היא התחרות, שלפעמים נדחים מפניה, מתוך טובת הציבור, גם שיקולים אחרים בעלי חשיבות ערכית. לדוגמה, זכורני כיצד כיועץ משפטי לממשלה בשעתו התלבטתי מאוד בקביעת עמדת המדינה בדנ"א 4465/98 טבעול נ' שף הים, פ"ד נו(1) 56, שעה שלבי היה מתחילה עם הערכים המוסריים אותם ציין השופט טירקל בדבריו בע"א 6222/97 טבעול נ' משרד הביטחון, פ"ד נב(3) 145, 167-168, וראו דבריו בדין הנוסף בעמ' 112; אך כפפתי דעתי לעיקרון שבו רצה המחוקק בסוגיה זו, התחרות המקדמת רווחת

הציבור (וראו דעתו של השופט - כתארו אז - מ' חשין בפסק דין הרוב בדיון הנוסף, בעמ' 108 ובעמ' 111).

ו. ואכן, כפי שצינו המחברים גל ומנחם פרלמן במאמרם "חשיבות הניתוח המשפטי והכלכלי של חוק ההגבלים העסקיים", בספר הנזכר עמ' 22, "אין מחסור בדוגמאות ליתרונותיה של התחרות במשק הישראלי. כך למשל כאשר נפתח שוק השיחות הבין-לאומיות לתחרות, ירדו מחיריה של חברת בזק, אשר היתה עד לפתיחת התחרות הגוף היחידי שפעל בענף, בכ - 70%". וכן ראו דברי הנשיא ברק בע"א 2247/95 הנזכר, בעמ' 231 (הובאו על-ידי המחברים גל ופרלמן בעמ' 26), כי "תחרות חופשית היא אינטרס מובהק של הציבור, היא אבן יסוד בכל שיטת משפט דמוקרטית... דיני ההגבלים העסקיים הם ה'מגנא כרטא' של זכויות הצרכן והתחרות החופשית". סטנדרד הפגיעה בתחרות הוא שביסודו אומץ בסעיף 21 לחוק, אשר העמיד נושא זה כשיקול שב"ראש הקרואים" כעילת התנגדות למיזוג, אף שגם הוסיף לו שיקולים נוספים של פגיעה בציבור שהמחברת גל ("לקחו של יוסטיניאנוס" בעמ' 86) מציעה לבטל, בהיותם ממילא חלק מן הפגיעה בתחרות. מכל מקום, השיקולים הכרוכים ביעילות כלכלית שעליהם עומדת פרופ' גל במאמרה בחלק מתמונת האיזון, אינם רלבנטיים ביסודם למקרה דנא. עסקינן בסוגיה של תחרות.

ז. לדידי כמדיניות שיפוטית של סופו-של-יום, מקום שבו יש חשש ממשי לפגיעה בתחרות - לא יעלה הדבר בקנה אחד עם כוונת המחוקק, אם לא יינתן לכך ביטוי בהחלטות הרלבנטיות. ואעז ואומר, אף כשכפות המאזניים מעוינות או קרובות לכך - ויתכן שבמקרה זה קרובות הן לכך (בהתניות של בית הדין קמא) אך החשש נותר - על ההכרעה צריכה להיות לטובת אינטרס התחרות. בודאי כך, לפי דוקטרינת התחרות הפוטנציאלית בפועל, שארשה לעצמי לצרף דעתי לתמיכה בה ובהתקיימות תנאיה, כדברי חברתי בפסקה 35 לחוות דעתה. יצר לב האדם, לרבות כשהמדובר בממון, אינו משתנה לטובה, ועסקינן בחברה, בזק, שהיא מונופולין מוכרז פעם אחר פעם - כפי שתיארה חברתי. אוסיף, כי אף לדעתי הנטל להוכיח שהמיזוג לא יועיל לתחרות, מוטל על הממונה, ובמקרה דנא עמדה בו הממונה. גם איני סבור כי חוות דעת המומחה דניאל רוזן סותרת זאת. אצרף לכך מישור ערכי; גם אם לא נדבר גבוהה על חופש הביטוי וההשפעות עליו, דעת לכל בר דעת נקל, כי ככל שיש יתר תחרות, יש סיכוי רב יותר לחופש הביטוי לפרוח.

ח. נקודה מרכזית כמובן בנידון דידן היא הקמת תשתית IPTV, שסבורני מן העיון בחומר כי אכן יש חשיבות רבה בכניסת בזק לשוק הרב ערוצי באמצעותה. כשלעצמי

השתכנעתי כי נייר העמדה של בזק לועדת גרונאו (גם אם לא ניחס משקל מכריע למצגת המומחה שחורי, אף שאין לבטלה כל עיקר) - מדבר בעדו. בנייר העמדה, כפי שציטטה גם חברתי, נאמר כי "בזק מוכנה להירתם לקידום טובת הצרכן גם בנושא חשוב זה ולהתחייב ולהשקיע את הסכומים הנדרשים להקמת שירותי ה-IPTV. בזק מוכנה להשקיע סכומים משמעותיים בהקמת מערכת IPTV...". אכן, ההגינות מחייבת לציין, כי נאמר גם שיש צורך ב"רשת ביטחון רגולטורית" לשם כך, דברים שכל גוף זהיר היה אומר, והמבטאים משאלות לב, גם אם לא ריאליות במיוחד. ואולם, לטעמי עוצמת המחויבות לעניין IPTV שבנייר העמדה גוברת בהחלט על ההסתייגות בנושא הרגולטור, הדומה במקצת ל"בכפוף לתנאי המכרז" ששומעים אנו בפרסומות בדבר מבצעים למיניהם, דבר יום ביומו. אציין כי קראתי את ההתייחסות בסיכומי בזק לנייר העמדה בוועדת גרונאו, לרבות ההסבר כי בזק נקלעה בין פטיש רגולטור אחד לסדן רגולטור אחר; אך לא שוכנעתי כי נייר העמדה לא הציג מחויבות רצינית מאוד לעניין IPTV.

ט. אטעים בכל לשון: כשלעצמי מייחס אני, כאן ובמקרים אחרים, חשיבות רבה לעמדות בעלי דין. אמנם את המלים הגבוהות והמלהיבות של הירתמות "לקידום טובת הצרכן" אפשר לקבל בקב חומטין - בקמצוץ מלח - אבל עצם המחויבות יוצרת לדידי מעין "השתק שיפוטי"; ראו רע"א 4224/04 בית ששון נ' שיכון עובדים, פ"ד נט(6) 625. במקום אחר נזדמן לי לומר על בעלת דין אחת (ע"א 8301/04 פקיד השומה למפעלים גדולים נ' פי גלילות (לא פורסם)):

"והריהי איפוא כאותו אדם הבא לשכור דירה ברחוב הירקון בתל-אביב ושואל את המשכיר, היש בדירה משב רוח בקיץ מהים? המשכיר אומר, בודאי, הנה הבית והנה הים, ואז שואל השוכר, היש טחב בחורף מהים? והמשכיר משיב: חלילה, איפה הבית ואיפה הים? כך, אוחזת המערערת בחבל בשני קצותיו כאמור, וטוענת דבר והיפוכו במקומות שונים... אם נרצה, לפנינו השתק שיפוטי ככל משפטו וחוקתו".

ראו גם הערתי בע"א 458/06 שטנדל נ' חברת בזק בינלאומי בע"מ (לא פורסם).

י. נוכח כל אלה, מצטרף אני לעמדת חברתי (בנתון להתייחסותי האמורה באשר לפרשנות סמכויותיו של בית הדין להגבלים עסקיים בעניין התנאת תנאים).

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, ל' אב, תשס"ט (20.8.2009).

שופטת

שופט

המשנה לנשיאה