

## בית המשפט

		<b>בית הדין להגבלים עסקיים</b> <b>בבית המשפט המחוזי ירושלים</b>	
ה"ע 706/07		לפני: כב' השופטת מ' מזרחי, המשנה לאב בית הדין פרופ' ר' חורש, חבר מר נ' ליסובסקי, חבר	
18/02/2009			

בעניין: הממונה על הגבלים עסקיים  
ע"י ב"כ מרשות ההגבלים העסקיים

### המבקשת

נ ג ד

1. בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ  
ע"י ב"כ וינשטוק – זקלר ושות'

2. יורוקום די.בי.אס בע"מ  
ע"י ב"כ עוה"ד דרור שטרם

### המשיבות

### החלטה

1. לפנינו בקשה הממונה לעיכוב ביצוע פסק הדין שניתן בעניין מיזוג בזק ו-YES ביום 4.2.09.

2. בבקשה נטען, כי סיכויי הערעור טובים. עוד נטען, שבית הדין שגה בפסיקתו לגבי נטלי ההוכחה, וכי להעברת נטל ההוכחה אל כתפיה של בזק כמצופה בערעור, תוביל לשינוי מהותי בתוצאותיו. כן נטען בבקשה, כי בית הדין טעה בפרשנות הלכת **דור אלון** (ע"א 2247/95) לגבי הסתמכות על תרחישים עתידיים, וכך גם לגבי המשקל שניתן לרגולציה. הבקשה מוסיפה שבית הדין העביר שלא כדין שיקול דעתו השיפוטי למשרד התקשורת, דבר המתבטא בכך שהתנאים נמנעים מלהיכנס לעובי הקורה בכמה סוגיות מרכזיות, כגון מהו רוחב הפס שתאפשר בזק ללקוחות ה-IPTV או כיצד תטופל סוגיית תחזוקת הרשת. טענה מרכזית נוספת בבקשה עוסקת ביכולת השבת המצב לקדמותו, ובגדרה נטען כי השליטה שתהא מכח המיזוג לבזק ב-YES תאפשר לבזק לפגוע פגיעות תחרותיות בלתי הפיכות, ומנגד עיכוב ביצוע המיזוג לא יגרום כל נזק משמעותי לבזק. בכלל טענות אלו, טענה הממונה שמימוש המיזוג ישמש את בזק בעתיד לביסוס טענת הסתמכות על פסק הדין וכניסה להשקעות בעקבותיו.

משיבה 2 טוענת כי יש לעכב את הביצוע מאחר שתנאי בית הדין אינם תנאים מבניים ואינם מונעים פגיעה תחרותית.

3.

דין הבקשה להידחות, מהטעמים הבאים:

א. קביעתו המרכזית של בית הדין, לפיה המיזוג אינו מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בוססה על מערכת שיקולי היגיון ובחינת המציאות לאור חומר הראיות, ולא נסמכה על עמדתו בעניין נטלי ההוכחה. לכן, קביעת עמדה שונה על-ידי בית המשפט העליון, שהותיר עד כה שאלה זו ב"צריך עיון", אינה אמורה לערער את יסודות פסק הדין.

ב. אשר לעמדת בית הדין לעניין הסתמכות על תרחישים עתידיים – גם אם פסק הדין בעניין **דור אלון** אינו תומך בה (ולא זו דעתנו), נשענת היא היטב על שיקולי היגיון פשוטים: קביעת התרחשותו של כל אירוע בעתיד היא בהכרח בסימן שאלה, וצמודה לה בהכרח שאלת ההסתברות, שהיא תמיד פחותה מ-100%, עד להתרחשות בהווה.

ג. אשר להיבט הרגולטורי – היבט זה נבחן באריכות בפסק הדין, ולא מצאנו כי הטיעונים בבקשה מערערים את עמדתנו.

ד. גם טענת העברת שיקול הדעת למשרד התקשורת שגויה לחלוטין. התנאים לאישור המיזוג נקבעו על-ידי בית הדין בפירוט רב, והותר למשרד התקשורת מקום להכריע בנושאים מקצועיים נקודתיים המצויים בתחום מומחיותו והסדרתו. לכן, הפסיקה שעליה נסמכת הבקשה אינה רלבנטית למקרה דנן כלל.

ה. אשר לטענת הפגיעה בטובת הציבור בשל המיזוג, יש להדגיש כי גם במצב כיום, בטרם המיזוג, בזק ו-YES אינן מתחרות זו בזו, וממילא טענת הממונה מתייחסת לעתיד. לדבריה, נפגעה התחרות הפוטנציאלית. גישת הממונה נשללה על-ידי בית הדין, מנימוקים משתלבים רבים, והדבר משליך כמובן גם על חששותיה בכל הנוגע לזמן הקרוב. מכל מקום, התנאים שהותנו למיזוג מונעים כל חשש, ולו תיאורטי, של פגיעה בתחרות, ובכללם תנאי המונע שליטה של בזק ב-YES כנובע ממימוש האופציה (והקובע כי כל עסקה בין בזק ל-YES מותנית באישור של 75% מחברי דירקטוריון YES).

ו. טענת חוסר היכולת להחזיר מצב לקדמותו שהועלתה בבקשה, אינה משכנעת. **ראשית**, מההיבט התחרותי, כבר נאמר, שממילא כיום בזק ו-YES אינן מתחרות, והפגיעה הנטענת בשל המיזוג אינה אמורה להתבטא בזמן קרוב. **שנית**, פעולת מימוש האופציה היא פעולה פשוטה, שהחזרה ממנה גם היא אינה אמורה להיות מורכבת, ובכל מקרה, חוק ההגבלים העסקיים מכיר בסעד של הפרדת

חברות כסעד אפשרי, שהממונה אינה נמנעת מלהשתמש בו. **שלישית**, כבר קודם לפסק הדין החזיקה בזק ב-49.8% ממניות YES, ועל כן, אין באישור המיזוג כשלעצמו כדי לחשוף אותה למידע הקיים ב-YES, מצב השונה מזה שהתקיים בעניין דור אלון.

ז. גם הטענה לפיה קיים חשש שבזק תעלה טענת הסתמכות אם לא יעוכב המיזוג, דינה להידחות. **ראשית**, מהטעם שבזק הצהירה בתגובה לבקשה כי לא תעורר כל טענה שיש לדחות את הערעור מאחר שהחלה במיזוג ובקיום התנאים לאישורו, **ושנית**, מאחר שממילא לא היתה עומדת לה טענת הסתמכות כזו כטענה המועילה לדחיית הערעור. אין ספק, שבחירת בזק במיזוג היא בגדר נטילת סיכון שבית המשפט העליון לא יאשר את פסק הדין.

ח. נראה כי אינטרס הממונה שהערעור יידון בבית המשפט העליון תוך זמן קצר, הוא גם אינטרס בזק ויורוקום, ואם תיענה בקשת הצדדים על-ידי בית המשפט העליון – לנוכח טענת הממונה על פגיעה בציבור מחד ולנוכח ההשקעה המשמעותית שעל בזק להשקיע לצורך קיום התנאים, חרף סיכון קבלת הערעור - לא תהיה לאי-עיכוב הביצוע השלכה של ממש, בין השאר, מאחר שממילא מילוי התנאים דורש זמן ואינו קל. מאידך, קבלת הבקשה תעכב את מילוי התנאים שתכליתם טובת הציבור, ובין השאר את הקמת תשתית ה-IPTV של בזק. פסק הדין קצב את זמן הקמת התשתית. במובן זה, בקשת עיכוב הביצוע בפוגעת בטובת הציבור, מאחר שהיא מעכבת הקמה זו.

ט. הטענה כי בזק התעכבה בהגשת הערר, דבר המלמד כי לא ייגרם לבזק עצמה נזק משמעותי מעיכוב הביצוע, אינה משכנעת. ראשית, טענות השיהוי שהועלו בהקשר זה (לגבי מועד הגשת הערר כארבעה וחצי חודשים לאחר החלטת הממונה, ולגבי הארכה בחקירה נגדית של כלכלן הממונה והעמידה על סיכומים בעל-פה) אינן מלמדות על אדישות, אלא על התנהלות סבירה ורצינית במסגרת הדיון המשפטי, ובנוסף, הדעת נותנת שלזכויות האופציה שבידי בזק משמעות כלכלית, שדחיית מימושה היא בגדר נזק כלכלי. מנגד, אין אנו צופים נזק כלשהו לציבור.

י. אשר לטענה לפיה התנאים שהעמיד בית הדין היו אמורים להיות תנאים מבניים – טענה זו נבחנה על ידינו בפסק הדין מזוויות שונות, ואנו דוחים אותה שוב, מאותם טעמים.

4. לאור האמור, הבקשה נדחית.

הממונה תשלם לבזק שכר טרחת עורך דין בסך של 20,000 ש"ח בצירוף מע"מ כדין.

**ניתנה היום, כ"ד בשבט התשס"ט (18 בפברואר 2009) בהעדר הצדדים.**

המזכירות תשלח ההחלטה לב"כ הצדדים.

ני ליסובסקי, חבר

פרופ' ר' חורש, חבר

מ' מזרחי, שופטת