

**בבית המשפט המחוזי בירושלים**  
**בשבתו כבית הדין להגבלים עסקיים**

ה"ע 3276/99

בפני :

כבוד השופט יהונתן עדיאל - המשנה לאב בית הדין

עו"ד יוסי פרלוב - חבר

מר ראול טייטלבוים - חבר

המבקשות :

1. ערוצי זהב ושות'
  2. תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ
  3. מתב - מערכות תקשורת בכבלים בע"מ
  4. איי.סי.פי - חב' התוכניות לכבלים בישראל בע"מ
- ע"י ב"כ : עו"ד צבי אגמון ו/או אביטל דרומי

נגד

המתנגדים :

1. איגוד במאי קולנוע וטלוויזיה בישראל
  2. איגוד התסריטאים בישראל
  3. פורום היוצרים הדוקומנטריים
  4. איגוד מפיקי סרטים וטלוויזיה בישראל
  5. די.בי.אס שירותי לוויין (1998) בע"מ
  6. איגוד מפיקי סרטים וטלוויזיה בישראל
- ע"י ב"כ : 1-4. עו"ד טוני גרינמן
5. עו"ד ארדינסט, בן נתן ושות'
6. עו"ד שלום פוריס ואח'
- משיב פורמלי : הממונה על ההגבלים העסקיים

## פסק דין

1. המבקשות - ערוצי זהב ושות', תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ ומתב - מערכות תקשורת בכבלים בע"מ, שהן בעלות זיכיון לשידורי טלוויזיה בכבלים בהתאם לסעיף 6 לחוק הבזק, תשנ"ב-1982 (להלן: "הזכייניות" או "המבקשות"), מבקשות לאשר להן הסדר כובל, שבמסגרתו הן תשתפנה פעולה ברכש, הפקה ועריכה לשידור של תכני שידור או ערוצי שידור באמצעות חברת אי.סי.פי (המבקשת מס' 4) ומפיק ערוץ עצמאי, אשר ישודרו על-ידי הזכייניות כל אחת באזור הזיכיון שלה. (להלן: "ההסדר" או "ההסדר הכובל").
2. שיתוף פעולה זה נמשך כבר למעלה מעשור והוא אושר מפעם לפעם על-ידי בית הדין. האישור האחרון ניתן על-ידי בית הדין בפסק הדין מיום 30.6.1996. תיק ה"ע 466/95 להלן: "פסק הדין" או "פסק הדין הקודם". בבקשה הנוכחית, אשר הוגשה על-ידי המבקשות בחודש נובמבר 1999, התבקש אישור ההסדר לתקופה של "עד שנתיים" נוספות.
3. בפסק הדין הקודם קבע בית הדין כי "במאזן הרווח וההפסד הכולל, התועלת הטמונה לציבור בהסדר עולה באופן ממשי על הנזק הכרוך בו. לשון אחר, ההסדר הנו לטובת הציבור".
4. הפעם, שלא כמו בפעמים הקודמות בהן אושר ההסדר, קם למבקשות מתחרה בשוק שידורי הטלוויזיה הרב ערוצית, הוא ה- די.בי.אס. העומד להתחיל את שידוריו המסחריים באמצעות הלווין בתקופה הקרובה. (להלן: ה- "די.בי.אס" או "הלווין").
5. בהנחה, המקובלת על כל הצדדים, לפיה רוב בתי האב בישראל לא יימנו על מנויי הכבלים והלווין כאחד, מסתבר שהתחרות בשוק זה תתנהל בין ערוצי הטלוויזיה בכבלים לבין הערוצים המשודרים באמצעות הלווין, היינו, בין המבקשות לבין ה- די.בי.אס. מכאן שהשפעת ההסדר על טובת הציבור צריך שתבחן כיום על רקע כניסתו הקרובה של ה- די.בי.אס. לשוק ולאור ההשלכה שתהא נודעת להסדר על פתיחת השוק לתחרות. (במאמר מוסגר נציין שאין באמור משום נקיטת עמדה לגבי שוק המוצר הרלבנטי, נושא שלגביו חלוקים המבקשות והממונה בתיק אחר, ואשר איננו דורש הכרעה בתיק זה).
6. על רקע זה הגיש ה- די.בי.אס. התנגדות להסדר. בהתנגדות נטען שאישור ההסדר, או למצער אישורו ללא תנאים, יגביר עד מאוד את כוחן של חברות הטלוויזיה בכבלים, יעצים את חסמי הכניסה לשוק, יפגע ביכולתו של ה- די.בי.אס. להתחרות בהן וימנע או יקשה מאוד על חדירתו לשוק ועל פתיחת שוק שידורי הטלוויזיה הרב ערוצית לתחרות.
7. על-פי סעיף 1כ6 לחוק הבזק, התשמ"ב-1982 מותנים שידורי כבלים במתכונת של ערוץ משותף באישור המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין (להלן: "המועצה"). לאור כך, הובאה בקשת הזכייניות להתיר להן לשדר במתכונת של ערוצים משותפים, שהוא ההסדר הנדון בהליך שלפנינו, גם בפני המועצה. ביום 23.3.2000 קיבלה המועצה החלטה שכונתה על ידה "החלטת מדיניות", בה אשרה, בכפוף לתנאים, את בקשת הזכייניות. בהחלטת המועצה כונה ההסדר נשוא הבקשה כ"הסדר הערוצים המשותפים".

התנאי העיקרי שהציבה המועצה לאישור ההסדר היה כי הזכייניות תעמדנה את ערוצי הטלוויזיה בכבלים העיקריים המופקים ומשודרים על ידן, הם הערוצים 3,4,5 ו-6 (להלן: "ערוצי החיוב"), לשימוש של בעל רשיון לשידורי לוויין כהגדרתו בחוק הבזק בתנאים שנקבעו בהחלטת המועצה. בעל רשיון כזה יהא רשאי, על-פי ההחלטה, לשדר את ערוצי החיוב בתנאים שנקבעו על-ידי המועצה, וכנגד התמורה שתשולם על ידו למפיק הערוץ. תנאי זה כונה בהחלטת המועצה "הסדר הבטחת נגישות התוכן" והוא יכונה בפסק דין זה גם כהסדר החיוב במכירה או כהסדר - must sell. (יצוין שהגוף היחיד המחזיק כיום ברשיון לשידורי לוויין הוא ה - די.בי.אס.).

מהסדר הבטחת נגישות התוכן הוצאו על-ידי המועצה רק ההפקות המקומיות המשודרות בערוצים 3 ו-4 (בנוסף על הקדימונים הצולבים המשודרים בכל ערוצי החיוב).

הסדר הבטחת נגישות התוכן נועד, כפי שמוסבר בהחלטת המועצה, "לאפשר את התחרות בין גופים משדרים שונים ועל מנת לאפשר לגוף משדר חדש לחדור כמתחרה חדש לשוק השידורים הרב-ערוצים בישראל".

המועצה קבעה כי הסדר הבטחת נגישות התוכן יחול עד לתום תקופת הסדר הערוצים המשותפים, תוך מתן אפשרות לבעל הרשיון לשידורי לוויין לבקש להאריך את ההסדר, במקרה שבו לא יהיו לו לפחות 250,000 מנויים עובר לתום תקופת הסדר הערוצים המשותפים.

עוד קבעה המועצה כי ערוצי ההסדר (ערוצי החיוב וערוץ 8) אשר הופקו עד היום על-ידי מפיק ערוץ נפרד, ימשיכו ויופקו על-ידי מפיק ערוץ נפרד גם בתקופת הסדר הערוצים המשותפים. הכוונה הנה לאותו תנאי שבו הותנה אישור ההסדר בפסק הדין הקודם, ושלפיו נקבע כי ערוצים 5 (ספורט) ו-6 (ילדים) ו-8 (מדע ודעת) יועברו על-ידי הזכייניות להפקה בידי ספקים עצמאיים. באותו פסק דין נקבעו גם כללים לגבי כשירותו ודרך פעולתו של ספק הערוצים העצמאי.

נושאים נוספים בהם דנה המועצה באותה החלטה היה נושא ההפקות המקומיות, חלון הטירינג והאיסור על רכישה של זכויות שידור בבלעדיות ושידור של תכני שידור שנרכשו בבלעדיות (למעט רצועות הפקה מקומיות).

8. הממונה על ההגבלים העסקיים תומך בבקשה וממליץ לאשר את ההסדר על-פי אותם התנאים שנקבעו בהחלטת המועצה. עיקרם של תנאים אלה, כעולה מסיכומי באת כוח הממונה, הוא הסדר הבטחת נגישות התוכן, או כלשונו של הממונה, הסדר ה - must sell (חיוב הזכיינים והלוויין להשקיע בהפקות מקומיות. אולם המלצתו של הממונה משתרעת גם על התנאים האחרים שנקבעו בהחלטת המועצה, הם התנאים הנוגעים לחלון הטירינג ולאיסור על רכישה ושידור של חומרי שידור שנרכשו בבלעדיות).

9. ה - די.בי.אס, אשר מלכתחילה התנגד לבקשה, הסיר לאחר קבלת החלטת המועצה את התנגדותו להסדר, וכיום תומך גם הוא באישור ההסדר כפוף לתנאי המועצה.

10. המתנגדים היחידים שנותרו לבקשה, גם זה בסייגים, הם איגוד במאי הקולנוע והטלוויזיה, התסריטאים והיוצרים הדוקומנטריים ואיגוד מפיקי סרטים וטלוויזיה בישראל (שיכוננו בהמשך "איגודי היוצרים והמפיקים").

מאזן התועלות והנזקים שבהסדר

11. על-פי סעיף 9 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 (להלן: "החוק"), בית הדין יאשר הסדר כובל אם הוא סבור כי הדבר לטובת הציבור, היינו, כהוראת סעיף 10 לחוק, "אם התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור" עקב ההסדר.

12. כפי שצינו לעיל, נקודת המוצא שביסוד הדיון, הנה שהשפעת ההסדר על טובת הציבור תבחן כיום בעיקר לאור השפעת ההסדר על יכולתו של הלווין לחדור לשוק ועל פתיחת השוק לתחרות.

נקודת מוצא זו מעוגנת בחשיבות הרבה שבפתיחת השוק לתחרות בעקבות התחלת שידורי הלווין. פרופ' אקשטיין ומר פרלמן, הכלכלנים שהגישו חוות דעת מטעם ה - די.בי.אס. טוענים בחוות דעתם "שהמציאות בשוק הטלוויזיה הרב-ערוצית בישראל הוכיחה שהפיקוח על טלוויזיה רב-ערוצית נכשל כישלון חרוץ", ומכאן הצורך להמיר את שיטת הפיקוח בתחרות החופשית. לא הוצגו בפנינו ראיות די הצורך המבססות מסקנה זו. עם זה, ברור לנו שהדרך המועדפת להבטחת רמת השידורים, איכותם והוזלת מחירם, היא על-ידי פתיחת השוק לתחרות, וכי דרך זו עדיפה לאין ערוך על שיטת הפיקוח הרגולטורי.

זו היתה המלצתן של שתי ועדות ציבוריות שנדרשו לנושא זה, ועדת ברודט-ליאון וועדת פלד, אשר קבעו כי המוצר שמקבלים היום הצרכנים הוא מוצר נחות בעלות יקרה, וכי טובת הציבור מחייבת לפתוח את שוק השידורים הרב-ערוציים לתחרות באמצעות הכנסת הטכנולוגיה של שידורי לוויין. המלצותיה של ועדת פלד אושרו על-ידי הממשלה ובעקבות כך תוקן חוק הבזק על-ידי חקיקת פרק ב' לחוק, המסדיר את שידורי הטלוויזיה באמצעות הלווין.

השקפה זו אומצה גם על-ידי בית המשפט העליון אשר דחה את עתירתן של המבקשות נגד החלטת הממשלה (בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב ושות' ו - 2 אח' נ' שרת התקשורת (דינים עליון, כרך נז, 189)) וקבע:

"בבסיס מדיניות של פיקוח ממשלתי בתחום מסוים עומדת השאיפה שהתחרות החופשית תעלה את רמת הרווחה החברתית... ההנחה היא שהתוצאה המושגת במשטר של פיקוח מרכזי יעילה פחות מן התוצאה המושגת באמצעות שוק תחרותי. (בג"ץ 1869/95 חברה להובלת דלק בע"מ ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד מט 559 (5))."

פתיחת השוק לתחרות על-ידי הנהגת שידורי טלוויזיה המשודרים באמצעות הלווין תטיב, בראש ובראשונה, את מצבה של אוכלוסיית הפריפריה שעד היום טרם חוברה לכבלים. אולם מהלך זה יטיב גם עם צופי הטלוויזיה בכבלים (המונים כיום כ - 63% מבתי האב בישראל), בכך שיביא להעלאת איכות התוכניות, הגדלת מספר הערוצים, גיוון ההיצע של חבילות הערוצים המוצעות לציבור (חלון הטירינג) וסביר שמהלך זה יביא גם להורדת המחיר.

בחלק מתועלות אלה אנו חוזים כבר היום, עוד בטרם החל הלווין בשידוריו המסחריים, כאשר הזכייניות, אשר במשך שנים סרבו לאפשר לציבור לרכוש חבילות ערוצים לפי בחירה, מבקשות כיום גם הן להנהיג את חלון הטירינג ואף הגישו עתירה לבג"ץ נגד החלטת המועצה שהקנתה ללווין בלעדיות במתן שירות זה לתקופה מוגבלת. לאחרונה אנו עדים גם להגדלת מספר הערוצים המוצעים על-ידי המבקשות לצופים ללא תוספת תשלום, וסביר להניח שפרות התחרות בין הכבלים ללווין תורגנה ביתר שאת בעתיד, עם תחילת שידורי הלווין.

13. כפי שהזכרנו, בפסק הדין הקודם הגיע בית הדין למסקנה לפיה אישור ההסדר הנו לטובת הציבור. עמדתן העקרונית של המבקשות הנה כי מסקנה זו תקפה גם כיום והיא יפה גם לגבי ההליך הנוכחי. על יסוד גישה זו לא הציגו הזכייניות בתחילת הדיון כל ראיה המבססת מסקנה זאת גם לעת הזו, תוך שהן מסתפקות בציטוט פסק הדין הקודם וממקדות את כל מאמציהן בהתמודדות עם הטענה לפיה ההסדר הכובל עשוי לפגוע בלווין, ובתנאים שהציב הממונה להמלצתו לאישור ההסדר, במיוחד התנאי של חובת מכירת הערוצים (ה - must sell).

14. ואולם, ההסתמכות על פסק הדין הקודם שניתן לפני ארבע שנים כאסמכתא יחידה לכך שההסדר הוא לטובת הציבור, אין בה די לצורך הרמת נטל ההוכחה המוטל בנושא זה על המבקשות. מסקנה זו יפה במיוחד לאחר שהתברר שאחד הטעמים העיקריים שעל יסודו הגיע בית הדין לאותה מסקנה איננו תקף עוד היום. כוונתנו לטענת הזכייניות שלה ניתן בפסק הדין הקודם משקל רב, לפיה האולפנים הגדולים (חברות המייג'ורס) הפועלים בארה"ב והמרכזים בידיהם חלק גדול של תכני השידור האטרקטיביים בשוק התוכן העולמי, אינם מוכנים למכור זכויות שידור שלא על בסיס כלל ארצי, מדיניות שתמנע מהזכייניות לרכוש זכויות שידור אם לא תפעלנה לשם כך במשותף. כך נקבע בנושא זה באותו פסק הדין:

"להסדר תהא אף השפעה על האיכות ועל מגוון החומר הנרכש, שכן מדיניות השיווק של חברות ההפצה הגדולות ("חברות המייג'ורס) המקיימות בידיהן שליטה על שוק תוכניות הטלוויזיה והסרטים, היא למכור זכויות שידור בהיקף ארצי. מדיניות זו מונעת למעשה מהזכין הבודד לרכוש תוכניות מחברות אלה, לפחות ככל המדובר בחומר מבוקש ועדכני המיועד להקרנה ראשונה... מקובלת עלינו עמדת המועצה, כי השוק המקומי קטן כדי לאפשר פיצולו. מתברר אפוא שהשוק הבינלאומי מכתוב למעשה רכישה בהיקף כלל ארצי. קשה לראות כיצד זכין מקומי יוכל להתמודד בהצלחה בשוק הבינלאומי התחרותי ולהשיג עבור צופיו את המיטב והמירב".

15. ואולם, בדיון הנוכחי הסתבר שמדיניות זו של חברות המייג'ורס נוהגת רק לגבי מכירת זכויות שידור בבלעדיות, אך היא אינה חלה לגבי מכירת זכויות שידור שלא בבלעדיות. אמנם נטען שמדיניות האולפנים הגדולים הנה, בדרך-כלל, למכור זכויות שידור בבלעדיות, דבר המגדיל את הכנסותיהם. אולם כיום, לאור החלטת המועצה אשר אסרה על רכישת תכני שידור בבלעדיות (ובהעדף טענה שאיסור זה ימנע או יקשה על הזכייניות ואחרים לרכוש תכני שידור שלא בבלעדיות), מסתבר שטעם זה, המבוסס על מדיניות האולפנים הגדולים למכור זכויות השידור בבלעדיות על בסיס כלל ארצי, לא

יוכל עוד לעמוד למכשול על דרך רכישתן של זכויות שידור על-ידי הזכייניות, גם אם הן תבצענה את הרכישה בנפרד, ועל כן אין בו כיום כדי להצדיק, כשלעצמו, את אישור ההסדר.

16. לאחר שהסבנו את שימת לב באי כוח המבקשות להעדר ראייה התומכת בטענתם הבסיסית כי אישור ההסדר הוא לטובת הציבור, הציגו הזכייניות חוות דעת כלכלית מטעמו של ד"ר עובדיה בדבר החסכון בהוצאות המושג עקב ההסדר. בכך פסעו המבקשות בדרך שהותוותה עוד בדיון הקודם, שאז הוערך החיסכון הכספי בהוצאות הרכש והעריכה לשידור הטמון בהסדר הכובל, על-ידי הכלכלנים שהעידו באותו הליך, בסכום שבין 7.5 מיליון דולר (לפי חוות הדעת שהוגשה מטעם הזכייניות) ל - 10 מיליון דולר (לפי חוות דעת המומחה מטעם הממונה).

17. ואולם טעם זה של החסכון בהוצאות שימש את בית הדין כשיקול לאישור ההסדר רק בהצטרפו לשיקול הנוסף שנזכר לעיל, בדבר חיוניות ההסדר לשם רכישת זכויות שידור על בסיס כלל ארצי. משנפל הטעם האחרון, ספק בעינינו אם די בשיקול החסכון לבדו כדי להצדיק את אישור ההסדר. ויודגש, איננו מזלזלים בסכום של 14 מיליון דולר, עליו הצביע ד"ר עובדיה בחוות דעתו כסכום הנחסך על-ידי המבקשות מקיום ההסדר. אולם, כפי שנטען בחוות הדעת הכלכלית שהוגשה על-ידי פרופ' אקשטיין ומר פרלמן, מדובר בסכום העומד על כ - 2% בלבד מהיקף ההכנסות הכולל של חברות הטלוויזיה בכבלים. דומה שהסדר כלל ארצי מסוג זה הנוגע לאחד מענפי התקשורת המרכזיים במשק הישראלי, צריך שיישא בכנפיו תועלות בעלות משמעות ועוצמה כלכלית - כלל משקית מרחיקת לכת הרבה יותר, כדי להצדיק את אישורו.

18. אמנם, כפי שצינו עוד בפסק הדין הקודם, אנו סבורים שהתועלות הצומחות לזכייניות מההסדר עולות באופן משמעותי על סכום ההוצאות הנחסך עקב ההסדר. כך נקבע באותו פס"ד:

"תועלות הסדר לציבור אינן מתמצות רק באלה. כפי שכבר ציינו כאשר דנו בסוגיית המסך הארצי, אישור המסך הארצי הפך את הזיכיונות, למעשה, מזיכיונות אזוריים לזיכיונות כלל ארציים. אין ספק כי שינוי זה טומן בחובו, מבחינת הזכייניות, תועלות בעלות משמעות רבה ביותר, ויתכן שהוא מגלם בתוכו אף כוח מונופוליסטי מוגבר. עם זאת, אין בידנו אמת מידה ברורה להערכת ערכן של תועלות אלה ..."

אנו מחזיקים בדעה זו גם כיום. יתירה מזו, דומה שהמבקשות לא היו מוכנות להסכים להסדר הבטחת נגישות התוכן ולא היו מוכנות להעמיד את ערוצייהן העיקריים לרשות הלווין, אילו התועלת הצומחת להן מההסדר היתה מצטמצמת לחסכון עליו הצביע ד"ר עובדיה בחוות דעתו. גם ד"ר עובדיה אשר נשאל על כך במהלך חקירתו לא כפר בתועלות הנוספות הכרוכות בהסדר מבחינתן של המבקשות, אולם הוא לא ידע לכמת תועלות אלה, וגם לנו לא ברור היקפן של תועלות אלה. כך, למשל, לא הוברר האם ההסדר מקנה למבקשות כוח מונופוליסטי באספקת שידורי טלוויזיה רב ערוציים, או מגביר כוח זה, מעבר לזה שהוקנה להן, אם הוקנה, מלכתחילה בזיכיונות. לעניין זה יש להזכיר את דו"ח בנק ישראל לשנת 1999 (ת10/), הקובע שבמשך השנים 1994-1999 עלו תעריפי חברות הכבלים בשיעור ריאלי של כ - 20%, זאת בשעה שביתר ענפי התקשורת (שירותי טלפון) שנפתחו לתחרות באותה תקופה, חלה ירידה ריאלית בתעריפים לציבור.

19. יתרון נוסף שנטען כי המבקשות מפיקות מן ההסדר טמון בכוח השוק הגדול המוקנה להן עקב ההסדר, שמקורו במאגר המנויים המשותף שלהן העומד על כ- 1.1 מיליון בתי אב בישראל.

20. אולם, לנושא זה של כוח השוק הצומח למבקשות עקב ההסדר שתי פנים. מחד הוא עשוי להצביע על יתרון הכרוך בהסדר, הנובע ממאגר המנויים המשותף של המבקשות העשוי להקנות להן כוח שוק, לשפר עקב כך את כוח המיקוח שלהן כלפי ספקי התוכן ולהוזיל את עלות תכני השידור הנרכשים. מאידך, אותו יתרון עשוי לפגוע בלווין ולהקשות עד מאוד על יכולתו להתמודד עם הזכייניות ברכישת תכני שידור הן בשוק המקומי והן בשוק העולמי.

21. בין שני היבטים אלה של ההסדר: שיפור כוח המיקוח של המבקשות בשוק התוכן וחסם הכניסה שעשוי יתרון זה להעמיד בפני כניסת הלווין לשוק, גובר בהקשר שלפנינו השיקול האחרון. זאת משום ששיפור כוח המיקוח כלפי ספקי התוכן מטיב באופן ישיר רק עם הזכייניות ותרומתו לטובת הציבור היא תרומה עקיפה, המותנית גם היא בהעדר כוח שוק מונופוליסטי ביד המבקשות בשוק המקומי. לעומת זה, החסרון הטמון בהסדר עקב חסם הכניסה שהוא מעמיד בפני כניסת הלווין לשוק, משליך באופן ישיר ומיידי על טובת הציבור בכך שהוא מסכל, או לפחות מקשה על המהלך של פתיחת השוק לתחרות.

22. על רקע זה התמקד הדיון בכוח השוק העשוי לצמוח לזכייניות עקב ההסדר בעיקר בהיבט של התחרות בין המבקשות ללווין והקושי שהוא מעמיד בפני כניסת הלווין לשוק. זו גם הסיבה בשלה לא ששו המבקשות להעצים יתרון זה, שבהקשר הנוכחי, עשוי היה לעמוד להן לרועץ.

23. בניסיון להמעיט ממשמעותו של יתרון זה, טענו המבקשות כי התמורה המשתלמת על ידן עבור זכויות השידור מחושבת לפי מנזי וכי בשיטת תשלום זו אין להן יתרון על פני ה- די.בי.אס. ברוח זו העיד ד"ר עובדיה שההסדר איננו מקטין את עלויות הרכש של המבקשות והוא גם אינו משפר את כוח המיקוח שלהן מול חברות המייג'ורס:

"הערכתי היא וגם מה שנמסר לי ודיברתי עם כמה אנשים מהענף, שהמייג'ורס בסיכומו של דבר, רואים את זה פחות או יותר פר מינוי שישנו, וההבדלים הם לא כל כך גדולים כשאתה מדבר על עוד מאה אלף מנויים, פחות מאה אלף מנויים, או חצי מהמנויים. מה שהם רוצים בסיכומו של דבר לקבל מכל המשדרים, פחות או יותר זה אותו סכום. עכשיו אם זה גם יעלה עוד יותר את מחיר הרכש, אז כמובן שהסדר ICP יתרום עוד יותר ברגע שהוא קיים". (עמ' 34 לפרוטוקול הדיון מיום 27.3.00).

בחוות דעתם הראשונה, נקטו הכלכלנים מטעם הדי.בי.אס., פרופ' אקשטיין ומר פרלמן, בעמדה "ניטראלית" בנושא זה:

"בנוסף לחיסכון הכספי האמור, נטען כי רכש משותף על-ידי חברות הכבלים משפר את כוח המיקוח שלהם מול ספקי התוכן (בהשוואה למצב בו כל חברת כבלים תישא ותיתן בנפרד מול ספק התוכן) וכתוצאה מכך ניתן להוזיל את מחירי התוכן. אם טענה זו נכונה, הרי שכיום שיפור זה של כוח המיקוח מאפשר לחברות הכבלים ליצור את חסמי הכניסה בפני הלווין ביתר יעילות."

רק בחוות דעתם השלישית הם קבעו עמדה נחרצת יותר בנושא זה וטענו שההסדר מקנה למבקשות כוח שוק ברכישת תכני שידור שאתו יקשה על הלווין להתמודד:

"מאחר ולספקי התוכן יש כוח שוק, המחירים בעסקאות נגזרים מכוח המיקוח היחסי. בשוק שכזה קונה גדול יותר יוכל לרכוש תוכן במחירים נמוכים יותר. הפרשי העלויות לא משקפים יתרונות לגודל וחיסכון בעלויות אלא כוח מיקוח משופר. הסדר ICP מעצים את כוח המיקוח היחסי של חברות הכבלים, משום שהוא יוצר רכש משותף של 1.1 מיליון מנויים, ובכך הוא מגדיל את היתרון של חברות הכבלים על פני ה-D.B.S. בעסקאות רכישת התוכן. מכאן ברור שאישור הסדר ICP מחייב תנאים שימנעו קיום יתרון בלתי הגון זה, וזאת ניתן להשיג רק על-ידי הסדר "must sell".

גם הגב' טליה שטרק, הכלכלנית שהגישה חוות דעת מטעם הממונה, טענה בחוות דעתה כי ההסדר מקנה למבקשות יתרון לגודל משמעותי, המוזיל את המחיר למנוי בצורה ניכרת ומקים חסם כניסה בפני הלווין, הסובל על רקע זה מנחיתות ניכרת בהתמודדות עם המבקשות על רכישת תכני שידור בשוק העולמי. יתרון זה עומד למבקשות, על-פי חוות דעת זו, לא רק בשל המחיר היותר גבוה שהן נדרשות לשלם (למנוי) אלא גם מהעדפתם של ספקי התוכן "להתקשר עם הרוכש הקיים והיציב, על מנת להבטיח רכישות חוזרות בעתיד". אכן, מסתבר לפי הראיות שהוצגו בפנינו, שה-D.B.S. מתקשה להתמודד עם הזכייניות בשוק התוכן העולמי גם כאשר הוא מציע תמורה כספית העולה על זו המוצעת על-ידי האחרונות. יתירה מזו, ספקי התוכן עשויים להעדיף את ההתקשרות עם חברות הכבלים לא רק בשל המחיר הגבוה יותר שאלה מסוגלות לשלם להם ולא רק משיקולים עסקיים הצופים פני העתיד, אלא גם מעצם הנגישות למאגר מנויים כה גדול המתאפשרת כתוצאה מההתקשרות עם חברות הכבלים, נגישות שיש לה כשלעצמה יתרונות, שאינם מצטמצמים לשיקולים כלכליים בלבד. כך, למשל, העדיפה התאחדות הכדורגל הישראלית למכור את זכויות השידור למשחקי הכדורגל לזכייניות, חרף העובדה שהלווין הציע סכום גבוה יותר עבור רכישת זכויות שידור אלה.

24. אולם מסתבר שטענה זו בדבר כוח המיקוח העדיף שמקנה ההסדר לזכייניות לעומת הלווין, כמו גם השיקולים האחרים שנזכרו לעיל, יפים בעיקר לגבי מכירת תכני שידור בבלעדיות. בהעדר בלעדיות, מצב שנוצר עקב החלטת המועצה, יש לכאורה ממש בטענת המבקשות, שאין כל סיבה שתמנע מספקי התוכן לנצל את מלוא פוטנציאל הרווח הגלום בתכני השידור שבעלותם על-ידי מכירתם לכל המעוניינים, גם לרוכשים שלרשותם מספר קטן של מנויים, שבמכר על בסיס של בלעדיות היו מתקשים להתמודד עם הרוכשים הגדולים. מאידך, הדעת נותנת, שגם במצב כזה ייחנה הרוכש הגדול מתנאי רכישה משופרים לעומת תנאי הרכישה שייקבעו לרוכש הקטן. יתר על כן, דומה שיש ממש בטענתם של פרופ' אקשטיין ומר פרלמן, לפיה גם בהעדר בלעדיות עשוי להיות אינטרס לספקי התוכן להתקשר דווקא עם חברות הכבלים ולא עם הלווין (למשל, בשל הבטחה לרכש עתידי של חברות הכבלים במידה והתוכן המוצע למכירה לא יהיה בידי הלווין) וכי קיימות דרכים המאפשרות קיומה של בלעדיות דה פקטו (למשל על-ידי הנהגת מחירים לא ליניאריים), גם בהעדר תנאי בלעדיות מפורשים בהסכמי הרכישה.



25. במצב דברים זה, בהעדר ראיות וכנראה גם העדר ניסיון ברכישת תכני שידור שלא בבלעדיות, אין בידנו להעריך בצורה מושכלת את השפעת האיסור על רכישת תכני שידור בבלעדיות על כוח השוק של חברות הכבלים, הגם שברור שהאיסור יצמצם את היתרון היחסי שלהן בתחום זה על פני הלווין, ונראה שגם יפחית את ההוצאה הכוללת של הגופים המשדרים לרכישת תכני שידור ויקטין את עלות רכישת התוכן למשק הישראלי. עם זה, הדעת נותנת שגם בהעדר בלעדיות ייהנו המבקשות מיתרון מסוים על פני הלווין בשל מספר המנויים הגדול שלהם, ודאי במצב ההתחלתי של פתיחת השוק לתחרות, שבו אין ללווין אפילו מנוי בודד אחד.

26. שאלה חשובה שיכולה לעלות בהקשר זה היא האם היקף הפעילות של כל אחת מהזכייניות בנפרד, יכול לאפשר לה, מהבחינה הכלכלית, לפעול בשוק. בדיון הקודם נטען, כי פעילות נפרדת של כל אחת מהזכייניות הנה בלתי כלכלית ויקרה מדי עבור השוק הישראלי. כך טען ד"ר שיינין בחוות-הדעת שהגיש מטעם המבקשות, כפי שהדברים מצוטטים בתצהירה של הגב' טליה שטרק:

"להערכתנו, כל אחת מחברות הכבלים בארץ קטנה מכדי להוות יחידה עצמאית כלכלית לגבי הפקות, עריכת תוכניות ורכש למגוון הערוצים שלה... כלכלית, אין שום הגיון בשידור תוכניות רכש רק באחד מאזורי הכבלים. עלויות הרכישה והעריכה של תוכניות בעלות פוטנציאל צפייה סביר הן יקרות לחברות כבלים בודדות".

יתכן שטענה זו היתה מבוססת מלכתחילה על ההנחה (שאינה תקפה עוד כיום), לפיה חברות המייג'ורס מוכרות תכני שידור רק על בסיס כלל ארצי. מכל מקום, ב"כ המבקשות לא העלו טיעון זה בדיון הנוכחי ולא טענו שההסדר הכרחי כדי לאפשר לזכייניות לפעול בצורה כלכלית סבירה.

27. יתרון נוסף שמקנה ההסדר לזכייניות אתו יתקשה הדי.בי.אס. להתמודד נובע מהמוניטין שצברו הזכייניות, או ערוצי השידור העיקריים שלהן (ערוצי החיוב) במשך השנים. מוניטין זה מבוסס על הרגלי הצפייה שהתפתחו בקרב הצופים, העשויים להקשות עליהם לוותר על ערוצים אלה, במיוחד כאשר ההחלטה על התנתקות מערוצי הכבלים וההתקשרות עם הלווין, היא מטבעה החלטה משפחתית שתעשה, יש להניח, רק אם תהא מקובלת על כל או רוב בני המשפחה. מוניטין זה מעמיד גם הוא בפני הלווין חסם כניסה משמעותי אשר יקשה ואולי אף ימנע את חדירתו לשוק.

28. קיומם של הרגלי צפייה המקימים חסם כניסה בפני מתחרים חדשים בשוק הטלוויזיה הרב ערוצית, מוכר גם בספרות העוסקת בנושא זה. כך קובע D. Waterman במאמרו Vertical Integration and Program Access in the Cable Television Industry, Federal Communications Law Journal, vol. 47(3), p.4:

"Although clearly an empirical question, there seems to be a consensus in the industry that the lack of more than one or two of the well-known networks such as ESPN, USA, CNN, and HBO, would seriously handicap a multichannel competitor to an established cable system."

29. תופעה זו של קיומם של ערוצי שידור הכרחיים למעבר לקוחות בין מתחרה אחד למשנהו, הוכרה גם בהחלטת ה-FTC בעניין מיזוג Turner Broadcasting - TCI עם קבוצת Time Warner, בה נקבע:

"Entry into the sale of cable Television Programming Services to households in each of the local areas... is dependent upon access to a substantial majority of the high quality, "marquee" or "crown jewel" programming that MVPD subscribers deem important to their decision to subscribe."...

30. המסקנה העולה מכל אלה הנה שבתנאים השוררים כיום בשוק, המשך שיתוף הפעולה בין הזכייניות עלול לפגוע באופן משמעותי, ואולי אף למנוע מהלווין לחדור לשוק ובדרך זו לסכל באיבו את הניסיון לפתוח את שוק שידורי הטלוויזיה הרב ערוצית לתחרות. אמנם מדובר בתחזית הצופה פני העתיד, אולם מדובר, לדעתנו, בחשש ממשי שסיכויי התממשותו סבירים, שהמבקשות, שעליהן נטל השכנוע כי ההסדר הוא לטובת הציבור, לא הצליחו להסירו. המסקנה העולה מאלה הנה, שההסדר כפי שאושר בפסק הדין הקדום, לא יהא כיום לטובת הציבור והנזקים הכרוכים בו לציבור יעלו על התועלות שהוא נושא בכניו.

חובת מכירת הערוצים - must sell

31. מצב דברים זה הביא את הרשויות העוסקות בתחום זה, הממונה והמועצה, לכלל הכרה שיש להתנות את המשך הפעילות המשותפת של זכייניות הכבלים לפי הסדר אי.סי.פי, בחיובן להעמיד (עבור תשלום) את הערוצים העיקריים שלהן (ערוצים 3, 4, 5 ו-6) לרשות הלווין. מסקנה זו מקובלת גם עלינו.

32. הזכייניות אמנם הציעו דרכים אחרות להסרתן של חשש זה, בעיקר הנהגת איסור על בלעדיות ברכישת תכני שידור ושידור תכנים שנרכשו בבלעדיות, או חובת מכירה של תכני שידור, להבדיל מערוצי שידור. אולם לדעתנו, האמצעי היותר ברוך אשר עשוי למנוע את החשש לפגיעה הצפויה בציבור מההסדר ואשר יתרום באופן משמעותי לפתיחת השוק לתחרות, הוא בחיובן של הזכייניות להעמיד את ערוצי השידור המרכזיים שלהן לרשותו של הלווין. בכך אין משום ויתור על אמצעים נוספים שנקבעו בהחלטת המועצה, ובהם איסור על רכישת בלעדיות בתכני שידור והענקת בלעדיות לתקופה מוגבלת ללווין במכירת מקבצי ערוצים.

33. מעבר לכך, אנו סבורים שהסדר חובת המכירה, לא זו בלבד שהוא מפיג במידה רבה את החשש מפני הפגיעה בתחרות הכרוכה בהסדר, אלא שיש בו משום תרומה חיובית לפתיחת השוק לתחרות, והוא עדיף, מבחינת טובת הציבור, על פני דחיית הבקשה, דבר שיביא לפירוק הסדר ICP.

34. מסקנה זו נתמכת גם בכך שה - די.בי.אס. עצמו העדיף את אישור ההסדר הכובל, בכפוף לחובת המכירה, על פני דחייתו. אכן דומה שה - די.בי.אס. היה מתקשה להתמודד גם עם כל אחת מהזכייניות בנפרד, ומבחינתו עדיפה הבטחת הנגישות לערוצי הכבלים תוך קיומו של ההסדר, על פני דחיית הבקשה. דומה שבכך נעוצה גם עמדתן של הזכייניות, אשר פסחו במהלך הדיונים על שתי

הסעיפים והתקשו לגבש עמדה החלטית אם הן מעדיפות את אישור ההסדר בכפוף לחובת המכירה על פני הפסקת שיתוף הפעולה ביניהן. גם כיום, לאחר שהחליטו באופן עקרוני לאמץ את ההסדר, עדיין מבקשות הזכייניות, כפי שיובהר בהמשך, לשמר בידן את האפשרות להפסיק את ההסדר ובכך להסיר מעליהן את חובת מכירת הערוצים.

35. בתגובתן לעמדת הממונה, אשר המליץ על אישור ההסדר בכפוף לחובת המכירה, טענו הזכייניות כי הסדר הבטחת נגישות התוכן, יש בו כדי לחייבן "להעניק לזולת ללא תמורה את הידע שלהן, את המוניטין שלהן ואף חלק מרכושן" וכי, הלכה למעשה, "זו הפקעה או הלאמה של רכושן של חברות הכבלים". עוד טענו המבקשות כי "הערוצים המשותפים - בודאי אלה המופקים על-ידי חברת איי.סי.פי - הנם קניינן של חברות הכבלים. המוניטין הגלום בחברות אלה - הנוצר בהשקעה רבה ובעבודה מאומצת של שנים - אף הוא קניינן של חברות הכבלים. ברי, כי הטלת חובת מכירה על הערוצים מהווה פגיעה בקניינן זה". בינתיים אמנם הודיעו הזכייניות על הסכמתן לקבל על עצמן תנאי זה. עם זה, אנו רואים צורך להתייחס גם לטענה זו.

36. לעניין זה יש להבהיר, שהחוב במכירת ערוצי הכבלים מותנה בקיומו של ההסדר הכובל, והוא נובע רק מבקשתן של הזכייניות לאשר את שיתוף הפעולה ביניהן. קיימת דרך נוספת בדיני ההגבלים העסקיים המבוססת על רעיון דומה, שגם השימוש בה היה עשוי להביא לתוצאה דומה. כוונתנו לדוקטרינה של המשאב החיוני, העשויה לאפשר, בתנאים מסוימים, לחייב בעל מונופולין להעמיד את משאביו לרשות מתחריו. לא נזקק בהליך זה לשאלה האם ניתן היה לנקוט בדרך זו במקרה זה, ומה גם שעררן של המבקשות על הכרזתן כבעלות מונופולין טרם התברר בפני בית הדין. העלינו נושא זה רק כדי להצביע על ההבדל העקרוני הקיים בין שתי דרכי פעולה אלה חרף הדמיון ברצינאל שביסודן, הבדל שיש לו משמעות בהקשר הנוכחי. בעוד שמונופולין מותר בדין, מה שמביא לידי כך שכפייתו של בעל המונופולין להעמיד את רכושו לרשות הזולת, יש בה אכן יסוד של התערבות, גם אם היא אפשרית מכוח החוק, ברכושו של בעל המונופולין, הסדר כובל אסור על-פי חוק, אלא אם הותר בדרך הקבועה בדין. מכאן, שבניגוד לזכותו של אדם, גם אם הוא בעל מונופולין, להחזיק ברכושו ולא להעמידו (בכפוף למגבלות הקבועות בדין) לרשות אחר, אין לאדם זכות קנויה לעשות הסדר כובל, כמו שאין לו גם זכות מוקנית על נכסים, כמו מוניטין, שרכישתם או שימורם מותנים בעשיית הסדר כובל או בהמשך קיומו של הסדר כובל. הזכות לעשות הסדר כובל היא זכותו של הציבור ולא של הצדדים להסדר, זאת משום שה"האינטרס הדומיננטי בדיני ההגבלים העסקיים הנו ... האינטרס הציבורי ולא אינטרס הפרט אשר לא זוכה להגנה אלא כמוצר לוואי ממימוש האינטרס הציבורי בקיום תחרות" (ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד נב(3) 145). גם העובדה שהסדר כובל אושר על-ידי בית הדין בעבר איננה מקנה זכות, גם לא ציפייה לגיטימית, למי שהוא צד להסדר כובל, לאישור ההסדר גם בעתיד. מכאן גם עולה שכל זכות שקיומה או שימורה מותנה באישור נוסף של הסדר כובל שאושר בעבר, כמו מוניטין שנצבר תחת קורת ההסדר הכובל, אינה זכות מוקנית של הצדדים להסדר ואלה אינם יכולים להלין על פגיעה במוניטין שלהם רק משום שבית הדין איננו מוכן להמשיך ולאשר את ההסדר הכובל.

37. נציין עם זה, שאנו ערים לכך שהסדר הבטחת נגישות התוכן נושא בחובו גם סיכונים. החשש העיקרי הוא שהסדר ימנע את הבידול בתכנים בין שידורי הכבלים לשידורי הלווין, בידול שהוא הכרחי להתפתחות תחרות בשוק זה, יביא למצב שבו יפתח הלווין תלות ארוכת טווח בערוצי הכבלים כערוצי השידור העיקריים מבחינת כוח המשיכה שלהם, יוותר או לא יצליח ברכישת כוח משיכה עצמאי שיאפשר לו להתנתק מהכבלים ויהפוך את ה- די.בי.אס ל"לווין" תרתי משמע של שידורי הטלוויזיה בכבלים. מצב דברים כזה, אם יתרחש, עשוי להביא להחמצת המהלך כולו, וכדי להימנע מכך צריך להיות ברור למנהלי ה- די.בי.אס ובעליו שאסור להם לנוח על "זרי הדפנה" של ההצלחה במאבק הנוכחי ועליהם לפתח ערוצי שידור שיוכלו להתמודד עם ערוצי השידור המרכזיים של הכבלים ולאפשר להם בבוא העת להתנתק מערוצים אלה.

38. גם הממונה על ההגבלים העסקיים, אשר המליץ על הסדר נגישות התוכן והיה מיוזמיו, היה מודע לקושי זה. עם זה, סבר הממונה, ואנו מקבלים את דעתו, שבין שתי הרעות - הפגיעה בבידול התוכני בין שידורי הכבלים ושידורי הלווין וההשלכה הנובעת לכך על התחרות בין השניים, לעומת הכשלת המהלך של פתיחת השוק לתחרות מעיקרו, עדיפה הרעה הראשונה. בנסיבות אלה, הגענו לכלל מסקנה שיש להתנות את אישור ההסדר הכובל בהסדר הבטחת נגישות התוכן, זאת חרף מגרעותיו הלא מעטות של הסדר זה.

39. לאחר שהמבקשות וה- די.בי.אס. קיבלו על עצמן את הסדר הבטחת נגישות התוכן, נותרו בודדים בהתנגדותם לאישור ההסדר איגודי היוצרים והמפיקים. הטעמים העיקריים שביסוד התנגדותם של איגודים אלה להסדר קשורים לנושא ההפקה המקומית שאליה נתייחס בהמשך.

40. אשר לטובת הציבור ככלל, טוענים איגודי היוצרים והמפיקים כי ההסדר מגביר את שליטת חברות הכבלים על התכנים בטלוויזיה הרב ערוצית וכי חובת המכירה לא רק שלא תמנע פגיעה זו בתחרות, אלא "תביא לכך שבמקום יצירתיות ורב גונית בתכנים, יקבל הציבור מסך 'מיין סטריים' אחיד. היא מסכלת את מגמת הפרדת תשתית מתוכן... ומעצימה את שליטת חברות הכבלים על התכנים. יוצרת תלות מוחלטת של הלווין בהן, דבר הפותח פתח לניצול לרעה של מעמדן של החברות..."

41. כפי שצינו לעיל, אנו ערים לחסרונות הכרוכים בהסדר. ואולם, לבד מההצבעה על אותם חסרונות, לא ניסו באי כוח איגודי היוצרים והמפיקים להתמודד עם החשש שאם לא תובטח נגישות הלווין לערוצי הכבלים לא יוכל הלווין לחזור לשוק, דבר שימנע לחלוטין את המהלך של פתיחת השוק לתחרות. בחינת מאזן היתרונות והחסרונות הכרוכים בהסדר מבחינת טובת הציבור מחייבת בחינת שני צדדיו של המאזן, צד הזכות וצד החובה. לצורך כך אין די בהצבעה על חסרונות ההסדר, אלא יש לשקול את אלה לעומת יתרונותיו, תוך התייחסות למצב העלול להיווצר עקב פירוק הסדר ICP, והשלכותיו על טובת הציבור, ובמיוחד על פתיחת השוק לתחרות. ההתעלמות מן זה של ההסדר גורעת, בהכרח, מתוקפן של טענות איגודי היוצרים והמפיקים.

42. בהנחה דלעיל, לפיה בכפוף להסדר הבטחת נגישות התוכן ההסדר הוא לטובת הציבור, נתייחס בהמשך למספר נושאים נוספים הכרוכים בהסדר לגביהם נחלקו הצדדים. בין אלה ניצבת, כטענת סף,

טענת המבקשות, כי ההסדר פטור מעולו של חוק ההגבלים העסקיים, בהיותו הסדר שכל כבילותיו נקבעו על-פי דין, במשמעות הוראת סעיף 13(1) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

המבקשות מבססות טענה זו על שלושה נדבכים:

הנדבך האחד הוא הוראת סעיף 6(1) לחוק הבזק, התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק הבזק"), הקובע:

"(א) בעלי זיכיון לשידורי כבלים, כולם או חלקם, רשאים לפנות למועצה בבקשה לאשר להם לשדר משדרים בנושאים או בתחומים המנויים בסעיף 6(ב), כולם או מקצתם, באחת מהדרכים הבאות או בשתיהן;

(1) במתכונת של ערוץ משותף, שיהא ערוץ שיופק בידי מפיק ערוץ...

(2) במתכונת של ערוץ משותף, שיופק בידי בעלי הזיכיונות...

(ב) המועצה רשאית לאשר בקשה לפי סעיף קטן (א) לדחותה או להתנות את אישורה בתנאים נוספים שהיא תקבע".

הנדבך השני הוא הוראת סעיף 8א' לכללי הבזק (שידורי בעל זיכיון), התשמ"ח-1987 (להלן: "כללי הבזק"), שבה קבעה המועצה על-פי הסמכות שהוקנתה לה בחוק הבזק:

"בעל זיכיון רשאי לקבוע לוח תכניות אחיד לשידוריו העצמאיים באזורים שיש לו זיכיונות לגביהם, וכן רשאי בעל זיכיון לקבוע תכניות זהות ללוח תכניות שקבע בעל זיכיון אחר".

הנדבך השלישי הוא החלטת המדיניות של המועצה הנזכרת לעיל, אשר התירה לזכייניות לשדר שידורים במתכונת של ערוצים משותפים בכפוף להוראות האחרות שבהן הותנה ההיתר על-פי ההחלטה.

43. לדעתנו, אין בהוראות או בהחלטות אלה כדי להוציא את ההסדר מתחולתו של החוק מכוח הוראת סעיף 13(1) לחוק. זאת מהטעמים הבאים:

ראשית, סעיף 6(1) לחוק הבזק אינו בגדר הוראת דין הקובעת את תנאי ההסדר. פועלה של הוראה זו מתמצה בהסמכת המועצה ליתן היתר לשידור משותף ולהפקה משותפת, זאת ותו לא. משמע, המחוקק לא הכשיר את ההסדר על כל תנאיו בדין, אלא הסמיך גוף אחר (בנוסף על רשויות ההגבלים העסקיים), להכשיר את ההסדר בהתאם לתנאים שייקבעו על ידו. הוראה כזאת אינה בגדר דין, כמשמעו בסעיף 13(1) לחוק.

שנית, הכלל הוא ש:

"בהעדר פטור סטטוטורי מפורש, הגישה העקרונית לטענה השוללת את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים על יסוד פטור משתמע על-פי דין, תהא שלילית. נקודת המוצא בבחינתה של טענה כזו תהא, שיש לפרש את חוק ההגבלים העסקיים בהרמוניה עם דין אחר (בדרגה נורמטיבית זהה) החל על אותו עניין, ובאופן שאינו שולל את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים... קיומו של הסדר סטטוטורי חלופי, אין בו, ככלל, כדי לשלול את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים, כל עוד אין הוא מתנגש

בדינים אלה באופן שאיננו מאפשר להחילו לצידם". [ע"ר 7/95 ע"ר 7/95, בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (טרם פורסם)].

כלל זה מבוסס על ההלכה הכללית, לפיה בהעדר התנגשות חזיתית בין חקוקים שונים המחייבת את ביטולו המשתמע של אחד מהם, נקודת המוצא היא, כי שתי הוראות חוק המצויות ברמה נורמטיבית זהה, אינן סותרות זו את זו, אלא משלימות זו את זו. (ראה בספרו של הנשיא אהרון ברק: פרשנות במשפט, כרך שני, בעמ' 333).

לאור כך יש לשאוף לפרשנות שתמנע את הוצאתם המשתמעת של דיני ההגבלים העסקיים מכלל תחולה גם בהתייחס למטריה שלפנינו.

שלישית, במקרה שלפנינו, לא זו בלבד שסעיף 6(1) לחוק הבזק איננו מוציא, לא במפורש ואף לא מכללא את תחולתו של חוק ההגבלים העסקיים, אלא שהוא קובע בסעיף קטן ה' שבו באופן מפורש, כי "הוראות סעיף זה הן בכפוף להוראות כל דין". הליכי החקיקה שקדמו לחקיקתו של סעיף זה ולתיקונו של סעיף 6(1) לחוק הבזק תומכים בדעה, כי בביטוי זה - "הוראות כל דין", התכוון המחוקק, בראש ובראשונה, לחוק ההגבלים העסקיים. (ראה לעניין זה דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון חוק הבזק (תיקון מס' 14) הצ"ח 2463 מיום 20.12.95).

רביעית, אשר להוראת סעיף 8א' לכללי הבזק הנזכרת לעיל, הוראה זו מתייחס רק לנושא השידור המשותף והיא איננה מתייחסת לנושא ההפקה המשותפת. מכאן, שגם אם תאמר שהוראה זו הנה בגדר "דין" כמשמעו בסעיף 1(3) לחוק, הרי ש"דין" זה איננו קובע את כל הוראותיו של ההסדר, כנדרש על-פי סעיף 1(3) לחוק. שידור בלוח משדרים אחיד גם אינו מחייב, בהכרח, הפקה משותפת, שכן הדבר יכול שיעשה גם במקרה שבו תרכושנה הזכייניות, אף ללא תיאום, את אותם ערוצים מאותו מפיץ. מעבר לכך, כפי שצינו בפסק הדין הקודם, גם אם נניח ששידור משותף מחייב הפקה משותפת, עשוי הדבר, אולי, לתמוך בטענה שאיסור מלא ומוחלט של ההפקה המשותפת איננו עולה בקנה אחד עם הוראות הדין, שכן הוא מונע גם את השידור המשותף אשר הותר בדין באופן מפורש. אולם מסקנה זו איננה שוללת את האפשרות של קביעת תנאים, במסגרת האישור, אשר ימנעו או ימתנו את הפגיעה העשויה להיגרם עקב ההסדר בתחרות ובטובת הציבור.

חמישית, גם החלטת המדיניות של המועצה אינה בגדר "דין" כמשמעו בסעיף 1(3) לחוק ההגבלים העסקיים. זאת משום שאין מדובר בתקנה הקובעת נורמה משפטית המביאה לשינוי במשפט המדינה והמופנית אל חלק בלתי מסוים מן הציבור. הרחבנו את הדיבור בנושא זה בפסק הדין בעניין חברת החשמל (ה"ע 491/98 חברת חשמל לישראל בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (טרם פורסם)), וכדי לקצר לא נחזור על הדברים גם כאן.

ששית, גם מהבחינה המעשית איננו רואים שקיימת במקרה זה התנגשות בין הפעלת הסמכויות של רשויות ההגבלים העסקיים לבין פעילותן של רשויות הבזק. גם העובדה שהמועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין הביאה במכלול שיקוליה שיקולים הנוגעים להנהגת תחרות, אינה מחייבת קיומה של התנגשות כזאת, ומה גם שההתמחות המיוחדת בתחום זה מצויה, לאחר ככלות הכל, בידי הרשויות הפועלות מכוח חוק ההגבלים העסקיים. לכל היותר, ניתן לומר שבמקרה זה אפשר להשיג את מטרת

החוק באמצעות שני כלים סטטוטוריים. אך גם במקרה כזה, אין בחוק אחד כדי להוציא במשתמע את החוק האחר.

44. מעבר לאלה, וככל שמדובר בשני הנדבכים הראשונים הנזכרים לעיל, מקובלת עלינו גם טענת המשיבים שבנסיבות המקרה מנועות המבקשות מלטעון לחוסר סמכות בית הדין, לאחר שבעבר הן ביקשו וקיבלו את אישור בית הדין להסדר ונהנו מהאישור משך תקופה ארוכה. כך נקבע בנושא זה על-ידי בית המשפט העליון בבג"צ 7852/98 הנזכר לעיל:

"לא זו אף זאת: בנסיבות המקרה שלפנינו לא היה מקום להעניק לעותרות סעד, אף אילו היה ממש-מה בטענתן כי קביעת מגבלות על שיטת השידור אינה בגדר קביעת מדיניות כמשמעותה בסעיף 6 לחוק הבזק. הרי המועצה, לבקשת העותרות, היא שנתנה להן פטור משידור בשיטה המאפשרת לצופים בחירה. העותרות הן אלו שפנו אל המועצה לצורך קבלת אישור למעבר לשידור בשיטה זאת. עתה, לאחר שהעותרות נהנו מן הפטור שהעניקה להן המועצה, ואף ביקשו ממנה רשות לשנות את שיטת השידור, מושתקות הן מלטעון כנגד סמכותה לאחר שלא נענתה הפעם לבקשתן.

השתק זה חל מכוח חובת תום-הלב המתפרשת על כל תחומי המשפט. ... מחובה זו נובע האיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט. כפירה בסמכות של גוף שמהחלטותיו הקודמות נהנו המתדיינים, כאשר החלטה שנתן אינה לטעמם, היא פן אחד של איסור זה."

45. התנגדות איגודי היוצרים והמפיקים להסדר מושתתת בעיקרה, על שני טעמים. הטעם האחד הוא, כי ההסדר מפחית באופן ניכר את כמות ההפקה המקומית בטל"כ, כי הוא אינו משפר את איכות ההפקה המקומית שנותרה ואיננו מגדיל את הסכומים המושקעים בה. הטעם האחר הוא כי הסכום שהוקצב על-פי החלטת המועצה להשקעה בהפקה מקומית איננו מהווה תמורה ראויה לציבור בגין הפגיעה בהפקה המקומית הנגרמת עקב ההסדר, והוא גם איננו משקף את החלק ההוגן מהנאת חברות הכבלים מן ההסדר, שלו זכאי הציבור בתמורה לאישור.

46. המועצה, בהתייחסה לנושא זה בהחלטתה, קבעה כי היא רואה "חשיבות רבה בעידוד הפקות מקומיות של תוכן ובטיפול התרבות הישראלית, לטובת רווחת הצופים הצמאים לתוכן מהפקה מקומית ולטובת תעשיית התוכן המקומית, שניהם גם יחד". עוד קבעה המועצה כי לדעתה "מכסות ההפקות המקומיות הקבועות בחוק הן בלתי מספקות ובלתי תואמות את הצרכים של כלל המנויים של הגופים המשדרים, של תעשיית התוכן הישראלית ושל התרבות הישראלית מחד, ואין הן תואמות את יכולתם וחובתם של הגופים המשדרים מאידך".

מההחלטה עולה ששר התקשורת הנחה את המועצה לפעול לתיקון החוק באופן שיוגדל באופן משמעותי היקף ההשקעה של הגופים המשדרים בהפקות המקומיות. עד לתיקון החוק, וכתנאי לאישור הסדר הערוצים המשותפים, קבעה המועצה, כי על הזכייניות לכלול בערוצי ההסדר המשודרים תכניות מהפקה מקומית, אשר בהפקתן יושקע על-ידי הזכייניות סכום מצרפי שלא יפחת מסך בשקלים השווה ל- 25 מיליון דולר של ארה"ב בכל שנה. הוראות נוספות נקבעו בהחלטת המועצה לגבי אופן חלוקת הסכום לפי הזיכרים השונים, בין הערוצים, ובין הפקות עצמיות לבין מפיקי תוכן עצמאיים.

מנגד, התנתה המועצה את הסדר הבטחת נגישות התוכן בכך שה - די.בי.אס. ישקיע מצדו, כל עוד מתקיים הסדר הבטחת נגישות התוכן, בהפקות מקומיות ו/או ברכישת זכות שידור של הפקות מקומיות המשודרות בשידור ראשוני ברצועת הפקה מקומית סכום השווה ל - 7.5 מליון דולר ארה"ב בשנה הראשונה לשידוריו וסכום השווה ל - 10 מליון דולר בכל אחת מהשנים שלאחר מכן.

47. הממונה ממליץ, כאמור, שגם בית הדין יתנה את אישור ההסדר בכך שהמבקשות תשקענה בהפקות מקומיות את הסכום שנקבע בהחלטת המועצה. כן מבקש הממונה, להתנות את הסדר הבטחת נגישות התוכן בכך שהלווין ישקיע גם הוא בהפקות מקומיות את הסכום שנקבע בהחלטת המועצה.

48. אשר לטענתם הראשונה של איגודי היוצרים והמפיקים, לא שוכנענו כי ההסדר מפחית את היקף ההפקה המקומית בטל"כ, ואיננו סבורים שאם יפורק ההסדר והזכייניות תפעלנה בנפרד, יביא הדבר להגדלת היקף וכמות ההפקות המקומיות. להפך, דומה שביטול ההסדר ופיצול ההפקה המקומית בין הזכייניות יביא, דווקא, לצמצום בהיקף ההפקה המקומית ואולי אף יפגע ברמתה.

זו גם היתה גישתו של המחוקק, שעל יסודה הוא ביטל את האיסור שנקבע בשעתו בסעיף 6מ' לחוק הבזק, על הפקה משותפת של הפקות מקומיות. כך נאמר בנושא זה בהצעת החוק:

"הניסיון שנצבר במשך השנים העלה שהעדר אפשרות לרכז משאבים להפקות משותפות במספר אזורים היה בעוכרי תעשיות ההפקות ומנע הפקתן של הפקות בעלות רמה ותוכן ראוי בשידורי טלוויזיה בכבלים". (הצעת חוק הבזק (תיקון מס' 14) הצעת חוק 2463 מיום 20.12.95).

כך טענו גם איגודי היוצרים בדיון הקודם בבית הדין. באותו פסק דין הזכיר בית הדין את עדותה של יו"ר איגוד המפיקים דאז, הגב' אלונה אבט, אשר תיארה את התלאות שעברו עליה בניסיונה לעניין חמישה מנהלי חברות (בנפרד) בהפקת תכנית מקומית, ואת המסקנה המתבקשת מכך לגבי היתרון הצומח להפקה המקומית עקב שיתוף הפעולה בין הזכייניות בתחום זה.

49. ב"כ איגודי היוצרים והמפיקים טוענים, שגם אם זו היתה גישתם בעבר, הניסיון שנצבר מאז מצביע על כך, שההשקפה או התקווה כי ההסדר יטיב עם ההפקה המקומית היתה מוטעית, והסתבר שהוא דווקא פוגע ביצירה המקומית, במקום לעודדה. לא מצאנו בראיות שהוצגו בפנינו תמיכה עובדתית לטענה. להפך, לדעתנו, כפי שכבר ציינו לעיל, סביר להניח שפיצול ההפקות המקומיות בין הזכייניות לא יעודד את ההפקה המקומית, וקרוב לוודאי שאף יפגע בה.

50. טעם נוסף עליו מבססים איגודי היוצרים והמפיקים את התנגדותם להסדר, הוא שההסדר מפחית את היקף ההפקות המקומיות שבו חבות הזכייניות לפי חוק הבזק. על-פי טענה זו, לפי סעיף 6ה(1) לחוק הבזק חייבים בעלי הזכיונות להקצות 10% מ"זמן השידור הבסיסי" להפקות מקומיות. מכאן עולה, כי אם תפעלנה הזכייניות בנפרד תהא חייבת כל אחת מהן בנפרד בשידורי הפקות מקומיות בהיקף של 10% מזמן השידור הבסיסי שלה, בעוד שההסדר מאפשר לכולן יחד להסתפק במכסת ההפקות המקומיות שהיתה מוטלת, אלמלא ההסדר, על כל אחת מהזכייניות בנפרד. כך אירע, לפי הטענה, שדווקא שיתוף הפעולה בין המבקשות, הוא המאפשר להן להקטין את היקף ההפקות המקומיות שהיה מוטל עליהן אלמלא ההסדר.



51. פרשנות זו אינה סבירה בעינינו. שהרי, כפי שקובע סעיף 6מ' (המתוקן) לחוק הבזק, ההפקה המשותפת של הפקות מקומיות הותרה על-ידי המחוקק "לצורך ביצוע הוראות סעיף 1ה6(א)(1) לחוק, היינו כדי לאפשר לזכייניות לעמוד במכסות השידור שנקבעו באותו סעיף. מכאן שכאשר קבע המחוקק את מכסות השידורים של הפקות מקומיות, הוא עשה זאת על יסוד ההנחה שהפקות אלה תבוצענה על-ידי הזכייניות במשותף ולצורך כך הוא אף ראה לתקן את הוראת סעיף 6מ' לחוק.

מעבר לכך, החוק לעידוד ההפקה של יצירה ישראלית מקורית שידורי טלוויזיה (תיקוני חקיקה) תשנ"ו-1996, אשר תיקן את סעיף 1ה6 לחוק הבזק, נחקק במשולב עם תיקון חוק הבזק אשר אפשר, כפוף לאישור המועצה, את השידור המשותף במסך ארצי. ח"כ דדי צוקר, יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט דאז, כך הסביר בדבריו בפני מליאת הכנסת:

"יש לראות את שתי הצעות החוק המובאות היום לפני הבית כמשלימות זו את זו, שכן, הצעת החוק הפרטית שלנו - ... עוסקת בשאלה של מכסות המינימום בכבלים ומכסות המינימום ברשות השידור, אבל היא נכנסת לעניין שנגע בו גם התיקון הממשלתי לחוק הבזק והוא למי מותר להפיק, לייצר סרט, באיזה תנאים ובאילו נסיבות למי מותר לעשות את זה כאשר מדובר בהפקה מקורית - לזכין, למפיקי חוץ לרשות השידור? כיצד העניין מתייחס לחוק ההגבלים העסקיים? בכל השאלות האלה דנה גם הצעת החוק שלנו וגם הצעת החוק הממשלתית, שכאמור יש לראות אותם כשני חזיים המשלימים זה את זה. .... כפי שאמרתי, הדבר הזה יעלה כסף לזכיינים. בזמן הדיונים ובמליאת הועדה קיבלנו נתונים. המשמעות היא, שהזכיינים, חברות הכבלים, ישקיעו מדי שנה - זאת תרומה משמעותית ויש להודות להם, לא שהם סובלים, תכף נראה שהם קיבלו תמורה על כך - כ- 20-19 מיליון דולר שלא היו עד עכשיו. מדובר בתרומה משמעותית לתעשייה המקומית המייצרת כאן, מדובר באלפי עובדים המתפרנסים היום מיצירה בטלוויזיה וזו תוספת משמעותית".

ובהמשך דבריו ציין ח"כ צוקר:

"על-פי החוק הקיים אפשר לטעון שלבעלי הזיכיונות אין אפשרות לשר במשותף בערוצים הארציים... הצעות החוק - גם התיקון בחוק הבזק וגם התיקון שלנו - קובעות ומאפשרות שיתוף פעולה בין בעלי הזיכיונות ושידור בערוצים הארציים. אנו מתירים את ההפקה ואת העבודה המשותפת שלהם...".

מכאן, שהזכות לשר במשותף (במסך ארצי) נתפסה על-ידי המחוקק כתמורה שנתנה למבקשות עבור חובת ההפקה המקומית שהוטלה עליהן בחוק, וודאי לא כאמצעי לפגוע בהפקה המקומית. גם הסכום של 20-19 מיליון דולר, שאותו הזכיר חבר הכנסת צוקר בדבריו כסכום ההשקעה השנתי שקבלו על עצמן כל הזכייניות יחדיו, משקף את ההוצאה הנדרשת למכסת הפקות העומדת על 10% מזמן השידור הבסיסי ולא על שילוש אותה מכסה, מה שתומך גם הוא בפרשנות לפיה היקף ההפקות המקומיות שהוטל על הזכייניות בחוק בוסס על ההנחה שהפקות אלה תבוצענה על-ידי הזכייניות במשותף.

52. טעם נוסף המחזק, להשקפת ב"כ איגודי היוצרים והמפיקים, את הטענה כי ההסדר פוגע בהפקה המקומית, מבוסס על הזיכיונות המקוריים שהוצאו לזכייניות שבהם נקבעו, לפי הטענה,

מכסות הפקה מקומית העולות על אלה שנקבעו בחוק לעידוד ההפקה של יצירה ישראלית מקורית בשידורי טלוויזיה (תיקוני חקיקה) תשנ"ו-1996 וגם על אלה שהוטלו על הזכייניות על-פי החלטתה האחרונה של המועצה.

53. נושא זה לא הובהר כל צרכו בהליך זה. כך, למשל, לא הוברר האם טענה זו כלל הועלתה בפני המועצה ואם היא נכונה, מה היו שיקוליה לקבוע מכסות הפקה שהיקפן נופל מזה שנקבע בזיכיונות המקוריים. כן לא הוברר כיצד עומדת טענה זו בקנה אחד עם דבריו של חבר הכנסת צוקר, אשר ראה בחוק משום הישג המגדיל את היקף ההפקה המקומית, וודאי לא כמכשיר שנועד לפגוע בה. בכל מקרה, ההחלטה הקובעת לעניין זה כיום היא ההחלטה האחרונה של המועצה הגוברת, על-פי תנאי הזיכיונות עצמם (סעיף 12 וסעיף 15.2), על הוראות הזיכיונות. מעבר לכך, גם אם הפחיתה המועצה לפי החלטתה האחרונה את היקף ההפקות המקומיות שהיה מוטל על הזכייניות לפי הזיכיונות המקוריים, הדבר ודאי אינו נובע מאישור ההסדר הכובל. להפך, כפי שראינו לעיל, הן המחוקק והן המועצה ראו בחובת ההפקה המקומית שהוטלה על הזכייניות בחוק ובהחלטת המדיניות של המועצה צעד המגדיל את היקף ההפקות המקומיות.

54. טענתם הנוספת והעיקרית של איגודי היוצרים והמפיקים בנושא זה, היא שמכסת ההפקות שנקבעה על-ידי המועצה, העומדת על סכום של 25 מיליון דולר לשנה, אין בה די והיא איננה יכולה להיחשב כ"חלק הוגן" בהנאת חברות הכבלים מן ההסדר, הנאה המוערכת על-ידי האיגודים בסכום של כ- 60 מיליון דולר לשנה לפחות. חיזוק לטענה זו מוצאים באי כוח האיגודים בכך שהסכום שהקצתה המועצה להפקה המקומית נופל באופן ניכר מהסכום עליו המליצו הממונה ושר התקשורת, שסברו כי יש לחייב את הזכייניות להשקיע 10% מהכנסותיהן בהפקות מקומיות, סכום העומד, לטענת האיגודים, על 45-50 מיליון דולר לשנה (על-פי אומדן שמרני).

55. הטענה בלבושה זה, יש לציין, לא נסבה עוד על כך שההסדר פוגע בהפקה המקומית, אלא על כך שההסדר אינו מקדם את ההפקה המקומית ואינו מקצה לציבור, באמצעות השקעה בהפקות מקומיות, חלק הוגן מהרווחים הצומחים לזכייניות מן ההסדר. טענה זו נגזרת מההשקפה בדבר מעמדה של היצירה המקורית והמקום הראוי לה במדיום הטלוויזיוני.

56. כאן המקום לציין, ששאלה זו של מעמדה הראוי של ההפקה המקומית בשידורי הטלוויזיה בכבלים וההיקף הרצוי של שידורי ההפקות המקומיות הנה שאלה ערכית - ציבורית, שאינה נגזרת בבסיסה משיקולים שיסודם בדיני התחרות, היא אינה מתאימה להכרעה של גוף שיפוטי כמו בית הדין, והיא גם איננה נופלת בתחום מומחיותנו. ואכן, המחוקק הפקיד את הסמכות בנושא זה בידי המועצה, שעליה הוטל בחוק לקבוע את המדיניות לגבי "עידוד הפקות מקוריות מקומיות של תכניות". מעורבותו של בית הדין בנושא זה עשויה להידרש בעיקר במקרה שבו פוגע ההסדר בהפקה המקומית, שאז היה בית הדין נדרש לקבוע הוראות אשר ימנעו את הפגיעה. משהגענו למסקנה שההסדר איננו פוגע בהפקה המקומית, הטעם היחיד שיכול להצדיק את התערבותו של בית הדין בנושא זה, מקורו בצורך לוודא שהזכייניות תקצינה חלק הוגן מתועלותיהן מן ההסדר לציבור (הגם שניתן להעביר לציבור חלק הוגן מרווחי הזכייניות גם בדרכים אחרות). זה גם היה הטעם ההיסטורי לכריכתו של נושא ההפקות המקומיות באישור ההסדר הכובל בפסק הדין הקודם.

57. על רקע זה, יש לחזור ולהדגיש שבית הדין איננו דן בפסק דינו בנורמה הציבורית הראויה לגבי היקף הפקות המקור בטלויזיה בכבלים, ועיסוקו בנושא זה יתמקד אך בהיבט המצומצם של הסוגייה הנוגעת, בהקשר שלפנינו, לנושא ההגבלים העסקיים. היינו, האם יש בהסדר כדי להבטיח את חלקו של הציבור בתועלות שמפיקות הזכייניות מן ההסדר.

58. עמדתם של איגודי היוצרים והמפיקים לעניין החלק ההוגן של התועלות שיש להעביר לציבור בוססה על הטענה שהנאתן של הזכייניות מההסדר שוות ערך לסכום של כ- 60 מיליון דולר, סכום העולה בהרבה על הסכום של 14-15 מיליון דולר, שבו נקב ד"ר עובדיה בחוות דעתו. אולם טיעון זה בוסס בעיקר על פרשנותם את הוראת סעיף כ(ה)(1) לחוק הבזק לגבי היקף הפקות המקומיות שהיה מוטל על הזכייניות אלמלא ההפקה המשותפת. פרשנות זו, כפי שהוסבר לעיל, איננה מקובלת עלינו. משנפל טעם זה, לא ניתן למצוא בטיעוני באי כוח איגודי היוצרים והמפיקים ביסוס לטענה כי הנתח ההוגן של רווחי הזכייניות מההסדר מחייב להגדיל את הסכום המושקע על-ידי המבקשות בהפקה המקומית.

59. עוד טוענים איגודי היוצרים והמפיקים, שהחלטת המועצה איננה מוציאה את שיקול הדעת של בית הדין וכי הסכום שייקבע על בית הדין בנושא זה איננו קשור לסכום שנקבע בהחלטת המועצה, וצריך שיווסף עליו.

איננו מקבלים גם עמדה זו. בעקרון עשוי היה אמנם להיווצר מצב שבו אין קשר בין החלטת המועצה להחלטת בית הדין, ובעוד שהחלטת המועצה מיוסדת על שיקולים הנוגעים למעמדה הראוי של ההפקה המקומית בלוחות המשדרים ואיננה נוגעת כלל להסדר הכובל נשוא הבקשה, החלטת בית הדין נוגעת רק לנתח ההוגן של רווחי הזכייניות מן ההסדר שיש להעבירו לציבור. במצב דברים כזה, אילו התקיים, היתה אמנם הצדקה לדרישה שהסכום שייקבע על-ידי בית הדין יתווסף לסכום שנקבע על-ידי המועצה. אולם לא זה המצב במקרה שלפנינו. מהחלטת המדיניות של המועצה ברור שגם אם המועצה הביאה בחשבון שיקולים נוספים על אלה הנוגעים להסדר הכובל, העילה להטלת חובת ההשקעה בהפקות מקומיות היתה מבוססת על אישור הסדר הערוצים המשותפים והיא הועמדה על-ידי המועצה כתנאי לאישור הסדר זה. מסקנה זו נתמכת גם בחוק לעידוד ההפקה של יצירה ישראלית מקורית שידורי טלוויזיה (תיקוני חקיקה) תשנ"ו-1996, שאת היקף החובה שנקבעה בו בקשה המועצה להרחיב, הן בחקיקה והן, עד לתיקון החוק, על-פי ההחלטה. לעניין זה כבר נקבע בפסק הדין הקודם שהחובות שהוטלו על הזכייניות על-פי אותו חוק, נקבעו בתמורה לתיקון חוק הבזק בנושא ההפקה והשידור המשותפים.

60. בנסיבות אלה אנו סבורים שחיוב המבקשות במסגרת אישור ההסדר הכובל בחיוב נוסף על זה שהוטל עליהן על-ידי המועצה במסגרת החלטה על אישור הערוצים המשותפים, יביא לכפל חיוב בגין אותה תמורה - הוא הסדר הערוצים המשותפים, ועל כן החיוב המוטל מכוח פסק דין זה איננו יכול להתווסף על זה שהוטל על-ידי המועצה בהחלטתה.

61. גם עמדתו של הממונה, המבקש לאמץ את החלטת המועצה כחלק מתנאי האישור של ההסדר הכובל, מעוררת קושי, זאת משום שהמועצה לא נימקה בהחלטתה את גובה הסכום שנקבע על ידה,

וגם הממונה לא הציג בפנינו נתונים או הסברים המבססים סכום זה. עם זה, לאור העובדה שמוסכם על כל הצדדים שיש לחייב את הזכייניות בהשקעה בהפקות מקומיות בסכום שיעמוד (לפחות, ולדעת איגודי היוצרים והמפיקים, אף יותר) על הסכום שנקבע על-ידי המועצה, מקובל עלינו שיש לעגן את החלטת המועצה גם בנושא זה, בתנאי האישור של ההסדר. לאור כך אנו קובעים, כתנאי לאישור ההסדר, שעל המבקשות להשקיע בהפקות מקומיות מדי שנה סכום שווה ערך לסך של 25 מיליון דולר וזה לפי התנאים שנקבעו בהחלטת המועצה. הוא הדבר לגבי חיוב ה - די.בי.אס בהשקעה בהפקות מקומיות, הגם שחיוב זה איננו חיוב ישיר, ונפקותו מוגבלת לכך שמימושו מהווה תנאי להסדר נגישות התוכן.

62. טענה נוספת שהועלתה, הן על-ידי איגודי היוצרים והמפיקים והן על-ידי הממונה, היתה כי הזכייניות לא עמדו בנושא זה בתנאים שנקבעו בפסק הדין הקודם ולא השקיעו את מלוא הכספים שנדרשו להשקיע בהפקות מקומיות על-פי פסק הדין הקודם.

63. מבחינה עובדתית אין מחלוקת בין הצדדים שההסדר שאושר בפסק הדין הקודם לא קיים במלואו בנושאים אלה:

א. סך ההשקעות בהפקות מקור בערוצים 3 ו-4 בוצעה על-פי תנאי ההסדר. טענתו היחידה של הממונה לעניין זה נסבה על אי שמירת החלוקה בין מקורות המימון, היינו בין ההשקעה מכספי הפיקדון לבין ההשקעה מכספי ההסדר, אך גם עניין זה בא על תיקונו בהמשך.

ב. תקציב ההשקעה בערוץ 8 נקבע על-ידי מפיקת הערוץ - חברת נוגה, על-פי ההסכם שבינה לבין הזכייניות על בסיס מועד חודש יולי/אוגוסט 1996, בעוד שמועד הבסיס כפי שאושר על-ידי בית הדין בפסק הדין היה ינואר 1995. שוני זה במועד הבסיס שעל יסודו בוצעה ההשקעה הביא לשחיקה של כ- 1.9 מיליון ש"ח בהיקף הסכומים שהושקעו על-ידי הזכייניות בערוץ 8. מחצית מסכום זה יועד להשקעה בהפקות מקומיות.

64. הצדדים נותרו חלוקים לגבי ממצא נוסף העולה מבדיקת הממונה, לפיו השקעה בפועל בהפקות מקומיות בערוץ 8 חסרה כ- 2.5 מיליון דולר מהסכום שהיה על הזכייניות להשקיע בהפקות מקור במסגרת ערוץ זה.

65. לעניין הסכום האחרון טוענות המבקשות כי הן העבירו לחברת נוגה, שהיא ספקית הערוץ, את מלוא הסכום שהיה עליהם להעביר על-פי תנאי ההסדר, ובכך הן יצאו ידי חובתן על-פי ההסדר. להשקפתן, הן אינן אחראיות לכך שחברת נוגה לא ביצעה את המוטל עליה, אם אמנם היא לא השקיעה את מלוא הסכומים שהועברו לה לצורך כך על-ידי המבקשות בהפקות מקומיות. מעבר לכך, המבקשות גם אינן מודות בכך שחברת נוגה לא השקיעה סכום זה בהפקות מקומיות, הגם שלא הוצגה על ידן כל ראיה הסותרת את הראיות שהוצגו על-ידי הממונה. בכל מקרה, טוענות המבקשות, עניין זה צריך שיתברר בנוכחותה של חברת נוגה, שרק לה היכולת להשיב על טענות הממונה בנושא זה.

66. בהעדר ראיות הסותרות את ראיות הממונה ואת הבדיקה שנערכה על ידו, מקובלת עלינו טענת הממונה כי השקעתן של המבקשות בהפקות מקומיות בערוץ 8, כפי שנעשתה באמצעות חברת נוגה, נפלה ב - 2.5 מיליון דולר מהסכום שהוטל עליהן להשקיע בערוץ זה. לצורך הדיון הנוכחי אנו מוכנים

גם להניח שהזכייניות אכן העבירו לחברת נוגה את מלוא הסכום החסר וכי זה לא הושקע בפועל בשל סיבה שאיננה תלויה בהם אלא בנוגה.

67. מעבר לשאלות העובדתית דלעיל, נחלקו הצדדים לגבי הנפקות הנודעת לאי ביצוע ההסדר ואי השקעת מלוא הסכומים שנקבעו בפסק הדין הקודם.

עמדתן של המבקשות היא שלנושא זה של ביצוע ההסדר הקודם אין השלכה לנושא הנדון בפני בית הדין בבקשה הנוכחית והנוגע לאישור ההסדר החדש. עם זה, הודיע ב"כ המבקשות כי מרשותיו מוכנות להשלים את מחצית הסכום של 1.9 מיליון ש"ח שנועד להשקעה בהפקות מקומיות ואשר נגרע מסכום ההשקעה עקב הפער במועד הבסיס שעל יסודו חושב תקציב ההפקות.

הממונה טוען שבית הדין רשאי להיזקק לנושא זה של קיום תנאי ההסדר הקודם בבואו להיזקק לבקשה לחידוש האישור. עם זה, הממונה צמצם את בקשתו לכך שבית הדין יקבע בנושא זה ממצא עובדתי וכן יקבע שהאחריות להשקעת הכספים נשוא האישור מוטלת על המבקשות, שאינן יכולות לפטור עצמן מאחריות זו עקב מחדליה של מפיקת הערוץ. מעבר להבהרות אלה, הממונה אינו מבקש להסיק ממחדליהן של המבקשות מסקנה אופרטיבית לגבי אישור ההסדר הנוכחי, זאת על יסוד הנימוק כי הוא דבק לעניין זה בהחלטת המועצה, אשר גם היא לא הזכירה נושא זה בהחלטתה. עם זה, ציין הממונה שלאור החלטת בית הדין, הוא ישקול נקיטת צעדים כדי להביא למימוש תנאי ההסדר הקודם, למשל הגשת בקשה לפי סעיף 50א לחוק ההגבלים העסקיים.

ה - די.בי.אס. תומך בעמדת הממונה, זאת בעיקר על יסוד החשש שקביעת תנאי באישור ההסדר שאינו תואם את החלטת המועצה שאותה הן קיבלו על עצמן לבצע, יפתח בפני המבקשות את הפתח לסגת בהן מהבקשה, דבר שישלול מהלווין את הגישה לערוצי החיוב.

איגודי היוצרים והמפיקים אינם מקבלים את עמדתו של הממונה והם טוענים שהפרת תנאי ההסדר הקודם צריך שתביא לדחיית הבקשה הנוכחית, ולמצער על בית הדין להתנות, לגישתם, את אישור ההסדר הנוכחי בכך שהמבקשות תשלמנה את ביצועו של ההסדר הקודם, היינו, תשקענה את מלוא הסכומים החסרים בהפקות המקומיות.

68. לדעתנו, במסגרת השיקולים לאישור הבקשה הנוכחית רשאי בית הדין להביא בחשבון את מידת עמידתן של המבקשות בתנאי ההסדר הקודם, ואיננו מקבלים טענת המבקשות לפיה לנושא זה של עמידת הזכייניות בתנאי ההסדר הקודם לא יכולה להיות נפקות לעניין הבקשה הנוכחית.

69. איננו מקבלים גם את טענת המבקשות לפיה הן אינן אחראיות להפרת תנאי ההסדר בשל כך שהן העבירו את הכספים הנדרשים לביצוע ההפקות המקומיות למפיקת הערוץ, נוגה תקשורת, והן אינן אחראיות לכך שזו לא השקיעה את הכספים כנדרש. הזכייניות הן שעשו את ההסדר הכובל, הן שביקשו לאשרו, הן שנהנו מהאישור, ועליהן היתה מוטלת האחריות לביצוע ההסדר על-פי התנאים שאושרו על-ידי בית הדין. העובדה שחלק מההפקה המשותפת מתבצעת על-ידי מפיקי ערוץ עצמאיים, אין בה כדי להסיר מעל הזכייניות את האחריות לביצוע ההסדר ולעמידה בכל תנאיו. לשם כך היה על המבקשות לקיים פיקוח נאות על מפיקת הערוץ כדי להבטיח את ביצוע ההסדר, דבר שככל הנראה לא נעשה על ידן.

70. עם זה, בנסיבות המקרה הנוכחי, וכאשר ביצעו של ההסדר כיום הוא לא רק אינטרס של המבקשות אלא גם לציבור יש בכך עניין, זאת לאור תרומתו של הסדר הבטחת הנגישות לתוכן לטובת הציבור, אנו סבורים שלא יהא זה ראוי לדחות את הבקשה בשל הפרות ההסדר בעבר, ובכפוף לאמור בהמשך, איננו סבורים, לאור כך, שיש לקשור את אישור ההסדר הנוכחי לנושא הפרתו של ההסדר הקודם.

71. עם זה, ולאור הסכמת ב"כ המבקשות, אנו קובעים שעל המבקשות להשלים את הסכום החסר בהשקעה בהפקות המקומיות עקב הפער במועד הבסיס שעל יסודו חושב תקציב ההפקות, היינו מחצית הסכום של 1.9 מיליון ש"ח וזאת בנוסף על סכום ההשקעה שנקבע בהחלטת המועצה. השקעתו של סכום זה תעשה במהלך ששת החודשים שלאחר מתן פסק דין זה.

72. בהסכמת הצדדים וכדי להבטיח פיקוח על ביצוע תנאי ההסדר, אנו מחייבים את הזכייניות להעביר את העתקי הדיווחים המועברים על ידם למועצה בקשר לביצוע תנאי ההסדר, ובאותם מועדים בהם יועברו הדיווחים למועצה, גם לממונה. הוראה זו תחול גם לגבי דיווחי ה - די.בי.אס, לגבי ההפקות המקומיות שיבוצעו על ידו.

73. תנאים נוספים נקבעו על-ידי המועצה לגבי רכישה ושידור של תוכן שנרכש בבלעדיות וחלון הטירינג. לאור הראיות שהוצגו בפנינו שוכנענו בחשיבותו של האיסור על רכישת תכני שידור בבלעדיות ושידור תכנים שנרכשו בבלעדיות (למעט, לפי החלטת המועצה, תכנים שנרכשו מהפקות מקומיות) כפי שנקבע בהחלטת המועצה ואנו מאמצים גם תנאי זה כחלק מתנאי האישור של ההסדר על-פי פסק דין זה. אשר לחלון הטירינג נושא זה הנמצא בסמכות המועצה, כלל לא נדון בפנינו. גם על-פי החלטת המועצה, נושא חלון הטירינג איננו מהווה תנאי לאישור הסדר הערוצים המשותפים, הגם שקיצור התקופה בה נהנה הלוחין בלעדית מחלון הטירינג הושפע מהסדר הבטחת הנגישות לתוכן. לאור כך, איננו רואים מקום להתנות את אישור ההסדר בכך שהמבקשות לא תמכורנה למנויים מקבצי ערוצים, כאשר הדבר נאסר עליהן ממילא על-פי החלטת המועצה. למותר לציין שאין באמור כדי לגרוע מתוקפה של החלטת המועצה ומכוחה המחייב את הצדדים, גם בלא שזו תאומץ על כל תנאיה לפסק דין זה.

74. מחלוקת נוספת נפלה בין הצדדים לגבי בקשתן של המבקשות כי בית הדין יאפשר להן במסגרת פסק הדין "שלא לנהוג עוד לפי ההסדר הכובל ולא לקיים את הערוצים המשותפים אלא לפעול בנפרד, קודם מתום שנתיים ימים מיום תחילת ההסדר, וזאת אם לא תאושר בקשת מיזוג בין החברות על-ידי הרשויות המנהליות המוסמכות".

75. המחלוקת בין הצדדים בנושא זה עלתה עוד קודם להגשתה של בקשה זו, במהלך הדיונים בבקשת המבקשות למתן היתר זמני. באותו השלב הודיעו המבקשות על הסכמתן לקבל על עצמן את הסדר הערוצים המשותפים על-פי התנאים שנקבעו ב"החלטת המדיניות" של המועצה, אך זה בסייג לפיו הן "שומרות לעצמן את הזכות להפסיק את שיתוף הפעולה מכוח הסדר I.C.P., תוך מתן הודעה מראש על כך של 90 ימים". עמדה זו נדחתה על-ידי המשנה לאב"ד בהחלטה שניתנה בנושא ההיתר הזמני ביום 12.5.2000. לאור כך, הודיעו המבקשות בישיבת בית הדין מיום 14.5.2000, כי הן מסירות

את הסייג שנכלל באותה הודעה וכי הן מקבלות על עצמן לקיים את הסדר I.C.P. בהתאם להחלטת המועצה ובכפוף להחלטה שתינתן על-ידי בית הדין בבקשתן לאפשר להן להשתחרר מההסדר קודם לתום תקופת השנתיים.

76. על יסוד הודעה זו, הגישו המבקשות את הבקשה הנוכחית. לטענתן, הן מעוניינות להתמזג, אך בשלב זה הן אינן יודעות אם תאושר בקשת המיזוג, והן מצויות "בעמימות מוחלטת באשר לעתידן העסקי, באשר לאופק העסקי שלהן, ובאשר ליכולת הפעולה שלהן בתחומים שונים של ענף התקשורת". מיזוג עתידי זה הנו, על-פי טענת המבקשות, קריטי עבורן בשל התחרות העתידית בשוק התקשורת בכללותו. מעבר לכך, טוענות המבקשות, כי תחום שידורי הטלוויזיה עצמו עומד כיום בפני שינוי מהותי בשל כניסתו של הלווין לשוק זה, ועל כן לא ניתן לצפות כיום את ההתפתחויות בשוק זה ומה תהיינה ההשלכות של מהלך זה על חברות הכבלים. כך עשוי להיווצר, לפי הטענה, מצב שבו כמות המנויים שמפעיל הלווין תעלה על כמות המנויים של אחת מחברות הכבלים. אם ייווצר בעתיד מצב שבו מפעיל הלווין יהווה סכנה ממשית לקיומה של אחת החברות, מוסיפות הזכייניות וטוענות, "בהחלט ייתכן שחברה זו תרצה לקיים אסטרטגיה שיווקית ועסקית שונה מזו המתאפשרת היום לאור הסדר הערוצים המשותפים" (כמו, למשל, השקעה גדולה דווקא בבידול תוכני למול מפעיל הלווין). אולם, שינוי כזה לא יתאפשר באם חברות הכבלים לא תורשינה לסיים את הסדר הערוצים המשותפים במהלך התקופה המאושרת של שנתיים ימים.

מטעמים אלה ביקשו חברות הכבלים כי תישמר להן הזכות להביא לסיום את הסדר הערוצים המשותפים, וזאת בתנאים הבאים: חברות הכבלים תהיינה רשאיות להודיע על סיום הסדר הערוצים המשותפים, אם לא תאפשרנה הרשויות המנהליות (להבדיל מרשויות שיפוטיות), את בקשת המיזוג המבוקש בין חברות הכבלים, ובלבד שחברות הכבלים תוכלנה להודיע על כך רק לאחר תחילת השידורים המסחריים של מפעיל הלווין, וזה תוך מתן התראה של שלושה חודשים מראש, או כל זמן סביר אחר, כפי שייראה לבית הדין, על סיומו הצפוי של הסדר הערוצים המשותפים.

77. ה- די.בי.אס. מתנגד לבקשה נמרצות. לטענתו, הבקשה עומדת בסתירה להתחייבות המבקשות להודיע לבית הדין ללא כל תנאי וסייג ולא יאוחר מתאריך 7.5.2000 אם הן מתחייבות לקיים את החלטת המועצה על-פי תנאיה, או שבדעתן למשוך את בקשתן לאישור ההסדר. ה- די.בי.אס. מסביר כי הוא נטל על עצמו בתמורה להסדר התחייבויות רבות והוא מכוון את התנהגותו העסקית כולה על-פי תנאי ההסדר ועל יסוד ההנחה כי מובטחת לו נגישות לערוצי החיוב במשך מלוא תקופת ההסדר. לטענתו, קבלת התנאי המוצב על-ידי המבקשות, יפגע קשה בוודאות העסקית שהיא חיונית לתחילת פעילותו ותקשה עד מאוד על כניסתו לשוק. כך טוען ה- די.בי.אס., כי ההשקעה הכספית בה הוא מחויב כדי להקים את מפעלו, מגיעה לסכומים של מאות מיליוני דולרים, ולצורך כך הוא זקוק למימון בנקאי רחב היקף. השגתו של מימון בנקאי כזה הנה משימה קשה והיא מותנית בכך שה- די.בי.אס. יוכל להניח את דעתם של הבנקים לגבי קיומה של תוכנית עסקית מפורטת, המבוססת על הנחות תקפות וסבירות, כאשר ההנחה העיקרית שבהן הנה קיומה של וודאות באשר ליכולתו להבטיח לעצמו גישה לערוצי החיוב שהנם חסם הכניסה העיקרי אתו עליו להתמודד בחדירתו לשוק. בעקבות החלטת המועצה, טוען הלווין, התאפשר לו להציג בפני הבנקים קיומה של וודאות עסקית בנושא זה

לתקופה של שנתיים ימים, מה שאפשר השגת התקדמות ניכרת במו"מ שמתנהל בינו לבין קונסורציום הבנקים, אשר הביע עניין עקרוני להעמיד לו את המימון הבנקאי הנדרש לפעילותו.

על רקע זה, טוען ה - די.בי.אס., היעדרות של בית הדין לבקשתן של המבקשות לשמר בידן את האופציה החד צדדית להפסיק את הסדר ICP אם לא יאושר המיזוג המבוקש ביניהן, תהא הרת אסון עבורו, היא תשלול ממנו את יכולתו להשיג מימון בנקאי שהינו הכרחי לפעילותו ותביא לחיסולה של התחרות בעודה באיבה.

מעבר לכך, מוסיף ה - די.בי.אס. וטוען, אם יתקבל תנאי זה שהציבו המבקשות, יימנע ממנו להבטיח למנויים פוטנציאליים את האפשרות לצפות בערוצי החיוב למשך תקופת זמן מינימלית של שנתיים ימים, מה שיפגע קשה בסיכויי לגייס מנויים ולשכנעם לעבור מצפייה בערוצי הכבלים לצפייה בלווין.

78. הממונה, אשר בתגובתו הראשונית לתנאי זה שהוצב על-ידי המבקשות עוד במהלך הדיון בבקשה להיתר הזמני, היה מוכן לשקול את הבקשה בחיוב ובלבד שייקבעו סייגים למועד הגשתה, כמו גם לתקופת ההתראה המוקדמת שתינתן, הודיע הפעם כי הוא איננו ממליץ לקבל את הבקשה, והוא ביסס עמדה זו על ההחלטה מיום 12.5.2000 בעניין ההיתר הזמני.

79. מקובל עלינו שהעתיד בתחום חדשני זה לוטה, במידה רבה, בערפל וקשה לצפותו כיום. לאור כך גם אין לנו ספק בכך שהמבקשות נוטלות על עצמן סיכונים לא מבוטלים בקבלן עליהן את החלטת המועצה ובהתחייבות שהן נוטלות על עצמן לקיים את הסדר אי.סי.פי. במתכונת שנקבעה בהחלטת המועצה למשך מלוא התקופה של שנתיים ימים. מקובל עלינו גם שהחלטה זו עשויה להגלות בעתיד כהחלטה מוטעית, ומחירה של הטעות עשוי להיות כבד.

80. ואולם, מתן אישור מראש לפירוק ההסדר בהתקיים נסיבות שגם לגבי סיכויי התרחשותן קיימת אי בהירות רבה וקשה לצפותן מראש, פוגע ברעיון שביסוד הסדר הבטחת נגישות התוכן. הסדר זה, כפי שהוסבר לעיל, הוא האמצעי היחיד מבין אלה שהוצגו לפנינו, העשוי להפיג את החשש מפני הפגיעה הצפויה בציבור עקב ההסדר, על-ידי מניעת חדירתו של הלווין לשוק וסיכול המהלך של פתיחת השוק לתחרות. אולם האפקטיביות של אמצעי זה מותנית בכך שהוא יופעל לתקופה מינימלית מסוימת אשר תאפשר ללווין ל"התרומם", תקל על חדירתו לשוק ותקנה לו את היציבות הכלכלית והאופק העסקי הנדרשים בתקופה הראשונה לפעילותו. מעבר לכך, תקופה זו שבה ייחנה הלווין מזכות הגישה לערוצי הכבלים חייבת שתהא ידועה מראש, שכן רק בדרך זו יאפשר הסדר הנגישות לתוכן ללווין לתכנן את מהלכיו ולגייס את האמצעים הנדרשים להשקתו ולהפעלתו בראשית דרכו. ה - די.בי.אס. איננו יכול לבסס את תוכניותיו על התקווה שבקשתן של הזכייניות למיזוג תתקבל, והוא גם איננו יכול למצוא עצמו לפתע, גם לא בהתראה של 6 חודשים מראש כפי שמציעות המבקשות, מנותק מערוצי הכבלים. ערוצים אלה מהווים כיום, כפי שהוסבר לעיל, את חסם הכניסה העיקרי בפני כניסתו של הלווין לשוק. פירוק הסדר ICP אמנם עשוי, בכפוף לתנאי הפירוק, להסיר חסם כניסה זה באופן מלא או חלקי. אולם הדבר יתרחש, אם בכלל, בעתיד, בעוד שהמועד הקריטי, שבו יש להבטיח את קיומם של התנאים הנדרשים להצלחת חדירתו של הלווין לשוק, הוא מועד פתיחת השוק לתחרות, משמע, כיום. מכאן שהסרת חסמי הכניסה העומדים בפני חדירתו של הלווין לשוק והנובעים



מקימו של ההסדר הכובל ופעילותם של ערוצי הכבלים המשותפים בחסותו, לא תוכל להתבצע אלא תוך הבטחת נגישות מלאה, בלתי מותנית ולמשך תקופה סבירה לערוצי הכבלים. תקופה סבירה כזאת היא, להערכתנו, תקופה של שנתיים כפי שנקבע בהחלטת המועצה. לאור כך יש לדחות בקשה זו של הזכיינות.

81. אין באמור, כמובן, כדי לפגוע בסמכות בית הדין לבטל את ההסדר או לשנות את תנאיו על-פי בקשת הממונה לפי סעיף 12 לחוק.

82. התוצאה היא שאנו מאשרים את ההסדר המבוקש עד ליום 22.3.2002, וזה על-פי התנאים שנקבעו בהחלטת המועצה לגבי הסדר הבטחת הנגישות לתוכן, השקעה בהפקות מקומיות, האיסור על בלעדיות ברכישה של תכני שידור ושידור של תכנים שנרכשו בבלעדיות והפקה באמצעות מפיקי ערוץ עצמאיים.

ניתנה היום, ג' בתמוז תש"ס, (6.07.00).